



UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

MÁRIO EDSON PASSERINO FISCHER DA SILVA

(RE)PENSANDO A CONSTRUÇÃO DE UM MODELO RESTAURATIVO DE
JUSTIÇA BRASILEIRO: DE UMA ALTERNATIVA À TUTELA PENAL E À
PUNIÇÃO À CONSTRUÇÃO DE UMA JUSTIÇA INCLUSIVA.

CURITIBA

2020

MÁRIO EDSON PASSERINO FISCHER DA SILVA

(RE)PENSANDO A CONSTRUÇÃO DE UM MODELO RESTAURATIVO DE
JUSTIÇA BRASILEIRO: DE UMA ALTERNATIVA À TUTELA PENAL E À
PUNIÇÃO À CONSTRUÇÃO DE UMA JUSTIÇA INCLUSIVA.

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito do Estado.

Orientador: Prof. Adjunto Dr. André Ribeiro Giamberardino.

CURITIBA

2020

S586r

Silva, Mário Edson Passerino Fischer da
(Re)pensando a construção de um modelo restaurativo de
justiça brasileiro: de uma alternativa à tutela penal e à punição à
construção de uma justiça inclusiva [meio eletrônico] / Mário Edson
Passerino Fischer da Silva. - Curitiba, 2020.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Paraná,
Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em
Direito. Curitiba, 2020.

Orientador: André Ribeiro Giamberardino.

1. Processo penal. 2. Justiça restaurativa. 3. Pena (Direito). I.
Giamberardino, André Ribeiro. II. Título. III. Universidade Federal
do Paraná.

CDU 343.1

Catálogo na publicação - Universidade Federal do Paraná
Sistema de Bibliotecas - Biblioteca de Ciências Jurídicas
Bibliotecário: Pedro Paulo Aquilante Junior - CRB 9/1626



MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO DIREITO -
40001016017P3

TERMO DE APROVAÇÃO

Os membros da Banca Examinadora designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação em DIREITO da Universidade Federal do Paraná foram convocados para realizar a arguição da Dissertação de Mestrado de **MÁRIO EDSON PASSERINO FISCHER DA SILVA** intitulada: **(RE)PENSANDO A CONSTRUÇÃO DE UM MODELO RESTAURATIVO DE JUSTIÇA BRASILEIRO: de uma alternativa à tutela penal e à punição à construção de uma justiça inclusiva.**, sob orientação do Prof. Dr. ANDRE RIBEIRO GIAMBERARDINO, que após terem inquirido o aluno e realizada a avaliação do trabalho, são de parecer pela sua APROVAÇÃO no rito de defesa.

A outorga do título de mestre está sujeita à homologação pelo colegiado, ao atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca e ao pleno atendimento das demandas regimentais do Programa de Pós-Graduação.

CURITIBA, 27 de Março de 2020.

Assinatura Eletrônica

27/03/2020 17:21:42.0

ANDRE RIBEIRO GIAMBERARDINO

Presidente da Banca Examinadora (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

Assinatura Eletrônica

27/03/2020 17:20:37.0

CLARA MARIA ROMAN BORGES

Avaliador Interno (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

Assinatura Eletrônica

27/03/2020 17:20:57.0

DANIEL SILVA ACHUTTI

Avaliador Externo (55001838)



MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO DIREITO -
40001016017P3

ATA Nº86

ATA DE SESSÃO PÚBLICA DE DEFESA DE MESTRADO PARA A OBTENÇÃO DO GRAU DE MESTRE EM DIREITO

No dia vinte e sete de março de dois mil e vinte às 14:00 horas, na sala REALIZADA ATRAVÉS DE ACESSO REMOTO, CONFORME PORTARIA 36/2020-CAPEF, foram instaladas as atividades pertinentes ao rito de defesa de dissertação do mestrando **MÁRIO EDSON PASSERINO FISCHER DA SILVA**, intitulada: **(RE)PENSANDO A CONSTRUÇÃO DE UM MODELO RESTAURATIVO DE JUSTIÇA BRASILEIRO: de uma alternativa à tutela penal e à punição à construção de uma justiça inclusiva.**, sob orientação do Prof. Dr. ANDRE RIBEIRO GIAMBERARDINO. A Banca Examinadora, designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal do Paraná em DIREITO, foi constituída pelos seguintes Membros: ANDRE RIBEIRO GIAMBERARDINO (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ), CLARA MARIA ROMAN BORGES (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ), DANIEL SILVA ACHUTTI (55001838). A presidência iniciou os ritos definidos pelo Colegiado do Programa e, após exarados os pareceres dos membros do comitê examinador e da respectiva contra argumentação, ocorreu a leitura do parecer final da banca examinadora, que decidiu pela APROVAÇÃO. Este resultado deverá ser homologado pelo Colegiado do programa, mediante o atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca dentro dos prazos regimentais definidos pelo programa. A outorga de título de mestre está condicionada ao atendimento de todos os requisitos e prazos determinados no regimento do Programa de Pós-Graduação. Nada mais havendo a tratar a presidência deu por encerrada a sessão, da qual eu, ANDRE RIBEIRO GIAMBERARDINO, lavrei a presente ata, que vai assinada por mim e pelos demais membros da Comissão Examinadora.

CURITIBA, 27 de Março de 2020.

Assinatura Eletrônica

27/03/2020 17:21:42.0

ANDRE RIBEIRO GIAMBERARDINO

Presidente da Banca Examinadora (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

Assinatura Eletrônica

27/03/2020 17:20:37.0

CLARA MARIA ROMAN BORGES

Avaliador Interno (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

Assinatura Eletrônica

27/03/2020 17:20:57.0

DANIEL SILVA ACHUTTI

Avaliador Externo (55001838)

*À Lis, por sempre trazer ao nosso hoje a
esperança de um amanhã ainda melhor.*

RESUMO

O problema da pesquisa consistiu em verificar os motivos sociais e jurídicos para institucionalizar uma justiça restaurativa atenta ao particular contexto de exclusão e violência estrutural no Brasil e como viabilizar um modelo restaurativo alternativo à tutela penal relativa ao procedimento penal comum ordinário e sumário. Objetivou-se explicitar a complexidade do problema na realidade brasileira e traçar bases jurídicas e premissas operacionais para a construção de uma justiça restaurativa que além de servir de alternativa à persecução penal e à punição, contribua com a preservação e acessibilidade a direitos fundamentais. A metodologia foi a revisão bibliográfica conduzida por uma abordagem hipotético-dedutiva. As hipóteses foram a existência de permissivos normativos e principiológicos no ordenamento brasileiro para respaldar a alternatividade entre as práticas restaurativas e a tutela penal e que a institucionalização de um modelo restaurativo de justiça na seara penal brasileira favoreceria a cooperação social e institucional em torno do fomento a reações mais construtivas e inclusivas ao crime. As ferramentas de pesquisa foram a revisão bibliográfica, a consulta de leis e normativas referentes à regulamentação do processo e do direito penal brasileiros, bem como normativas nacionais e estrangeiras sobre a operacionalização das práticas restaurativas. Além disso, recorreu-se à consulta de relatórios de pesquisas empíricas para viabilizar a compreensão do estado da arte da justiça restaurativa no Brasil. No primeiro capítulo abordou-se a normalização discursiva do sistema de justiça criminal estatal como único modelo apto e legítimo a promover a gestão não-violenta de conflitos, a apropriação estatal do conflito da vítima e da comunidade, a negação da justiça comunitária e recontextualização desse sistema como apenas uma opção de promover respostas a casos penais. Ao final contextualizou-se o diálogo entre justiça restaurativa e sistema penal brasileiro, tratando-se dos possíveis benefícios sociais e institucionais dele e do atual estado da arte da institucionalização judicial da justiça restaurativa brasileira. No segundo, foram estudados os fundamentos e finalidades políticos e jurídicos da jurisdição penal, do processo e da pena, atentando-se a como a conexão instrumental entre processo e pena, a instrumentalidade constitucional desse e o princípio da ultima ratio podem colaborar para respaldar alternativas restaurativas à tutela penal. No terceiro, refletiu-se sobre as vertentes, fundamentos e princípios da justiça restaurativa e suas práticas usualmente associadas ao campo penal. No quarto capítulo, propôs-se diretrizes para operacionalização democrática e institucionalmente integrada da justiça restaurativa a partir da construção de uma narrativa adequada ao contexto cultural e normativo brasileiro. Também foram abordados os possíveis efeitos jurídicos das práticas restaurativas no âmbito pré-processual e processual penal, além de se analisar o teor dos projetos de lei sobre o tema. Como resultados, obteve-se critérios para mensurar o grau de restauratividade de programas, um rol de princípios norteadores da atuação restaurativa e o mapeamento das vias possíveis de alternatividade entre justiça restaurativa e tutela penal. Concluiu-se pela necessidade de investir na integração institucional para implementação de um modelo restaurativo com a inclusão da participação popular nessa construção.

Palavras-chave: 1. Justiça restaurativa; 2. Processo penal; 3. Punição.

ABSTRACT

The research problem consisted in verifying the social and legal reasons for institutionalizing a restorative justice attentive to the particular context of exclusion and structural violence in Brazil and how to and how to enable an alternative restorative model to the criminal tutelage related to ordinary and summary common criminal procedures. The objective was to explain the complexity of the problem in the Brazilian reality and to outline legal bases and operational premises for the construction of a restorative justice that, in addition to serve as an alternative to criminal prosecution and punishment, contributes to for the preservation and accessibility of fundamental rights. The methodology was a bibliographic review conducted by a hypothetical-deductive approach. The hypotheses were the existence of normative and principiological permissives in the Brazilian legal system to support the alternation between restorative practices and punitive interventions and that the institutionalization of a restorative model of justice in the Brazilian criminal area favors social and institutional integration and cooperation around the fostering of more constructive and inclusive reactions to crime. The research tools were the bibliographic review, the consultation of laws and regulations regarding the Brazilian criminal process and criminal law, as well as national and foreign regulations on the operationalization of restorative practices, especially in the criminal field. In addition, consultation of empirical research reports was used to facilitate the understanding of the state of the art of restorative justice in Brazil. The first chapter addressed the discursive normalization of the state's criminal justice system as the only apt and legitimate model to promote non-violent conflict management, the state appropriation of the victim and community conflict, the denial of community justice and the recontextualization of that system as just one option to promote responses to criminal cases. At the end, the dialogue between restorative justice and the Brazilian penal system was contextualized, considering its possible social and institutional benefits and the current state of the art of judicial institutionalization of Brazilian restorative justice. In the second chapter, the political and legal foundations and purposes of criminal jurisdiction, process and penalty were studied, paying attention to how the instrumental connection between process and penalty, its constitutional instrumentality and the principle of the last ratio can collaborate to support alternatives for punitive interventions. In the third, it was reflected on the aspects, fundamentals and principles of restorative justice, as well as its practices usually associated with the criminal law field. In the fourth chapter, were proposed guidelines for democratic and institutionally integrated institutionalization of restorative justice based on the construction of an appropriate narrative to the Brazilian cultural and normative context. The possible legal effects of restorative practices during the pre-procedural and criminal procedural stages were also addressed, in addition to analyzing the content of the bills on the subject. As research results, criteria were obtained to measure the restorability degree of programs, a list of guiding principles for restorative interventions and the mapping of possible ways of alternating restorative justice and punitive interventions as reaction to crime. It was concluded that there is a need to invest in institutional integration around the implementation of a restorative model with the inclusion of popular participation in this construction.

Keywords: 1. Restorative justice; 2. Criminal process; 3. Punishment.

RIASSUNTO

Il problema della ricerca ha costituito in verificare le ragioni sociali e legali per istituzionalizzare una giustizia riparativa attenta al particolare contesto di esclusione e violenza strutturale in Brasile e come abilitare un modello riparativo alternativo alla tutela penale correlata alla procedura penale comune ordinaria e sommaria. L'obiettivo è stato spiegare la complessità del problema nella realtà brasiliana e delineare basi legali e premesse operative per la costruzione di una giustizia riparativa che, oltre a servire come alternativa all'azione penale e alla pena, contribuisce alla conservazione e all'accessibilità dei diritti fondamentali. La metodologia scelta è stata la revisione bibliografica, condotta con un approccio ipotetico-deduttivo. Le ipotesi sono stati l'esistenza di permessi normativi e principiologici nel sistema brasiliano per sostenere l'alternanza tra pratiche riparative e la tutela criminale e che l'istituzionalizzazione di un modello riparativo di giustizia nell'area criminale brasiliana favorisce l'integrazione e la cooperazione sociale e istituzionale intorno al promuovere reazioni più costruttive e inclusive al crimine. Gli strumenti di ricerca sono stati la revisione bibliografica, la consultazione di leggi e regolamenti riguardanti la regolamentazione del processo e della legge criminali brasiliani, nonché le normative nazionali e straniere sull'operatività delle pratiche riparative, specialmente nel campo penale. Inoltre, sono stati consultati rapporti di ricerca empirica per rendere fattibile la comprensione dello stato dell'arte della giustizia riparativa in Brasile. Nel primo capitolo, è stata affrontata la normalizzazione discorsiva del sistema di giustizia penale statale come l'unico modello idoneo e legittimo per promuovere la gestione nonviolenta dei conflitti, l'appropriazione statale del conflitto dalla parte della vittima e della comunità, la negazione della giustizia comunitaria e la ricontestualizzazione di quel sistema come solo un'opzione per promuovere le risposte ai casi penali. Alla fine, il dialogo tra giustizia riparativa e il sistema penale brasiliano è stato contestualizzato, considerando i suoi possibili benefici sociali e istituzionali e l'attuale stato dell'arte di istituzionalizzazione giudiziaria della giustizia riparativa brasiliana. Nel secondo capitolo sono state studiate le basi e gli scopi politici e legali della giurisdizione, del processo e della pena, in attenzione a come la connessione strumentale tra processo e pena, la sua strumentalità costituzionale e il principio dell'ultima ratio possano collaborare per rendere possibile alternative riparative alla intervento penale. Nel terzo, si ha riflettuto sugli aspetti, sui fondamenti e sui principi della giustizia riparativa e le sue pratiche di solito associate al campo penale. Nel quarto capitolo, sono state proposte linee guida per il funzionamento democratico e istituzionalmente integrato della giustizia riparativa a partire dalla costruzione di una narrativa adatta al contesto culturale e normativo brasiliano. Sono stati anche affrontati i possibili effetti giuridici delle pratiche di riparazione a livello pre-procedurale e penale, oltre all'analisi del contenuto dei progetti di leggi sopra il tema. Di conseguenza, sono stati ottenuti criteri per misurare il grado di riparazione dei programmi, un elenco di principi guida per l'azione riparativa e la mappatura di possibili modi di alternare giustizia riparativa ed interventi penali. Si è concluso che è necessario investire nella integrazione istituzionale intorno alla implementazione di un modello riparativo di giustizia con la inclusione della partecipazione popolare in questa costruzione.

Parole chiave: 1. Giustizia riparativa; 2. Processo penale; 3. Punizione.

LISTA DE ABREVIATURAS OU SIGLAS

ANPP: Acordo de não-persecução penal;
CEJUSC: Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania;
CNJ: Conselho Nacional de Justiça;
CNMP: Conselho Nacional do Ministério Público;
CP: Código penal;
CPP: Código de processo penal;
GCF: Grupo de conferência familiar;
JR: Justiça restaurativa;
MP: Ministério Público;
MVO: Mediação vítima-ofensor;
NCPC: Novo código de processo civil;
NUMEC: Núcleo de Mediação Comunitária;
NUPEMEC: Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos;
NUPIA: Núcleo de Prática e Incentivo à Autocomposição;
PIC: Procedimento investigatório criminal;
STF: Supremo Tribunal Federal.

SUMÁRIO

| | |
|--|-----------|
| INTRODUÇÃO | 12 |
| CAPÍTULO I – PARA ALÉM DO DISCURSO JURÍDICO E ESTATAL DE TUTELA DE CASOS PENAI: UMA REFLEXÃO INICIAL SOBRE AS POSSÍVEIS CONTRIBUIÇÕES DA JUSTIÇA RESTAURATIVA NO CENÁRIO BRASILEIRO | 29 |
| 1.1 Sobre as estratégias discursivas que tornam a justiça estatal algo normal e provocam a rejeição de outros meios de responder ao conflito | 29 |
| 1.2 Revendo a inevitabilidade do sistema de justiça criminal estatal a partir de perspectivas comunitárias e dialógicas de reação aos conflitos | 42 |
| 1.3 Sobre o confisco do conflito pelo Estado Moderno: o que perdemos com isso? | 51 |
| 1.4 Contextualizando o diálogo entre JR e sistema penal brasileiro: do retrato de uma democracia disjuntiva à apropriação das técnicas de mediação pelo sistema de justiça | 58 |
| 1.5 Até onde chegamos: um panorama sobre a institucionalização da justiça restaurativa no Brasil e sua instrumentalização gerencial pelo sistema penal | 81 |
| CAPÍTULO II – JURISDIÇÃO, PROCESSO PENAL E PUNIÇÃO: PONTES E BARREIRAS JURÍDICAS PARA A INSTITUCIONALIZAÇÃO DE UM MODELO RESTAURATIVO DE JUSTIÇA NO BRASIL | 93 |
| 2.1 A dimensão política da jurisdição e a relação da atividade jurisdicional com a autocomposição | 93 |
| 2.2 Sobre jurisdição criminal e do processo penal: variáveis a serem consideradas quando do diálogo com as práticas restaurativas | 107 |
| 2.3 Dos princípios do processo penal apontados como óbices à adoção de práticas restaurativas: entre a demarcação de espaços de interlocução à possibilidade da via restaurativa como alternativa à persecução penal e à punição | 127 |
| 2.3.1 O princípio da indisponibilidade do processo penal e a execução paralela de práticas restaurativas durante a tramitação processual | 130 |
| 2.3.2 O princípio do contraditório como elemento constitutivo da atividade processual e inaplicável às práticas restaurativas | 132 |
| 2.3.3 A Presunção de Inocência como fundamento para o processo e sua relação com a participação do investigado ou acusado nas práticas restaurativas | 137 |
| 2.3.4 Fundamentos e polêmicas sobre o princípio da obrigatoriedade da ação penal: reflexões iniciais sobre o uso de meios autocompositivos para evitar a persecução penal | 141 |
| 2.4 Mas e a vítima? Sobre o papel e direitos da vítima na seara do procedimento penal comum ordinário e sumário | 163 |

| | |
|--|------------|
| 2.5 Sobre os fundamentos da punição e sua conexão instrumental com o processo: caminhos para a construção da censura como alternativa à punição | 170 |
| CAPÍTULO III - JUSTIÇA E PRÁTICAS RESTAURATIVAS | 189 |
| 3.1 Entre o aceito e o aceitável: reflexões sobre pressupostos de um paradigma restaurativo e os modelos ideais para a sua institucionalização | 189 |
| 3.2 Práticas restaurativas: parâmetros de gradação da restauratividade, escopos e vertentes norteadoras | 212 |
| 3.3 Os atores envolvidos nas práticas restaurativas | 227 |
| 3.3.1 A ressignificação da vítima (ofendido) e do ofensor: protagonistas das práticas restaurativas e etiquetas que merecem ponderações | 227 |
| 3.3.2 A polêmica figura da comunidade: de categoria pressuposta a um ideal a ser atingido | 232 |
| 3.3.3 Os mediadores facilitadores: um ofício que abdica do controle para o exercício do cuidado | 235 |
| 3.3.4 Sobre as intervenções dos operadores do direito e equipes técnicas multidisciplinares no campo das práticas restaurativas | 247 |
| 3.4 Origens e características das práticas restaurativas usualmente aplicadas para a abordagem de conflitos vinculados a casos penais | 256 |
| 3.5 Princípios reitores das práticas restaurativas: uma leitura a partir da experiência e dos pressupostos filosóficos da justiça restaurativa | 294 |
| CAPÍTULO IV – (RE)PENSANDO OS ESPAÇOS DA JUSTIÇA RESTAURATIVA NA ÁREA CRIMINAL: UMA REFLEXÃO NO CONTEXTO BRASILEIRO | 304 |
| 4.1 A importância da construção de uma narrativa restaurativa brasileira: superando a marginalização da justiça restaurativa | 304 |
| 4.2 Práticas restaurativas e alternatividade na seara pré-processual penal: um exercício de ressignificação do caso penal e dos limites da intervenção penal | 332 |
| 4.3 As práticas restaurativas em atuação paralela com o processo penal: entre a possível perda superveniente de justa causa e os impactos em uma sentença condenatória | 345 |
| 4.4 Possíveis vetores para o futuro: o antigo Projeto de Lei nº 7.006 de 2006 e as incorporações no Projeto de Lei nº 8.045 de 2010 | 355 |
| CONSIDERAÇÕES FINAIS | 368 |
| REFERÊNCIAS | 381 |

INTRODUÇÃO

Esta dissertação é resultado da revisão e aprofundamento da tese de conclusão de curso “Desafios jurídicos para a institucionalização de um modelo restaurativo de justiça que atue sobre casos penais: pontes e barreiras entre as práticas restaurativas e o procedimento penal comum ordinário”¹. O problema de pesquisa da monografia foi responder, em termos jurídicos, porque e como viabilizar a institucionalização de um modelo restaurativo de justiça que operasse como alternativa à tutela penal nos casos abarcados pelo procedimento penal comum sumário e ordinário.

Durante as pesquisas do mestrado percebi uma série de lacunas no trabalho anterior que contribuíram para motivar o desenvolvimento da dissertação. Um exemplo foi a falta de abordagem sobre os fundamentos e finalidades da punição, cuja reflexão é muito importante quando o assunto é pensar a construção de uma justiça restaurativa (JR) preocupada em conter a violência institucional pela via da alternatividade. Essa relevância pode ser explicada também necessidade de uma pesquisa verificar se a opção restaurativa supre a carência de uma tutela penal em relação ao que a sustenta socialmente e aos objetivos democráticos que, declaradamente, busca-se atingir por meio dessa tutela.

Na monografia foram feitas referências a estudos de antropologia jurídica com a intenção de esclarecer as influências da racionalidade tribal-comunitária sobre o conteúdo dos princípios da JR e suas práticas. Esse esforço, entretanto, resultou em reflexões que ficaram desconectadas dos estudos jurídicos posteriores, permanecendo como uma introdução às explicações sobre a apropriação da gerência do conflito pelo Estado. Na dissertação, buscou-se evidenciar a conexão desses temas a fim de que a reflexão antropológica servisse para descortinar o caráter violento dos discursos institucionais e acadêmicos que tratam o sistema jurisdicional como o único meio aceitável de gerenciar conflitos. Evidenciar as estratégias discursivas, bem como o caráter centralizador e excludente desse sistema, é uma forma de chamar a atenção para os riscos de aproximar a JR desse sistema. Por outro lado, é justamente esse, vamos chamar assim, desrespeito ao diferente, visto nesse sistema como alguém a ser moldado, que serve de convite para pensar em outros caminhos, mais inclusivo e atentos ao projeto constitucional de fazer valer direitos fundamentais. Foi esse pensamento que me motivou a dissertar sobre o tema.

¹ SILVA, Mário Edson Passerino Fischer da. **Desafios jurídicos para a institucionalização de um modelo restaurativo de justiça que atue sobre casos penais: pontes e barreiras entre as práticas restaurativas e o procedimento penal comum ordinário**. Curitiba: monografia, Universidade Federal do Paraná, 2017.

Outro ponto digno de mencionar, é que na tese de conclusão de curso as análises da participação das instituições na construção de uma justiça restaurativa ficaram restritas ao poder judiciário, desconsiderando a relevância de outros atores que compõem o sistema de justiça e mesmo de uma atuação integrada para incentivar a adoção de outros paradigmas para entender e reagir aos atos considerados criminosos. Além disso, pensar a atuação dos cidadãos e a importância de sua parceria com as instituições no moldar uma JR brasileira, pode ser um passo importante rumo ao resgate de um ideal comunitário e ao reavivar propósitos coletivos que fomentem a solidariedade e a inclusão social. Essa foi outra hipótese que me reencaminhou à temática no mestrado.

Ainda, quanto às considerações sobre o processo penal, essas ficaram limitadas aos seus princípios, sem a devida exploração da racionalidade procedimental e discussões em torno dela, como o contraste entre o sistema acusatório e inquisitório, discussão sempre atual quando se trata da função do processo em um Estado Democrático de Direito. Partindo do pressuposto que, em sua dimensão procedimental, de via para construir respostas ao crime, as práticas restaurativas são análogas ao processo, assim como a censura pelo diálogo e as prestações reparadoras podem ser consideradas análogas à punição, estudar a alternatividade entre esses procedimentos e resultados é um convite a compreender melhor a função e racionalidade que molda cada um deles. Nesta pesquisa, portanto, me proponho a aprofundar detalhadamente o estudo dos dois aspectos mencionados.

Na monografia, acredito que me deixei levar pelo princípio assumido por vários estudiosos da JR de que a vítima não possui lugar no processo, pois não explorei quais os espaços e papéis que o processo penal brasileiro efetivamente oferece a ela. Esses espaços, ainda que correspondam a intervenções geralmente mediadas por operadores do direito, merecem atenção para contextualizar o debate em torno da ressignificação do papel da vítima se assumirmos a implementação de uma JR no Brasil. Refiro-me a “uma JR, pois reconheço a diversidade de opções quando o assunto é institucionalizar uma ideia e não concebo superioridade ou inferioridade entre nenhuma das opções que vislumbro. Minha pretensão é somente apresentar algumas reflexões que julgo importantes para pensar possíveis diretrizes de implementação de uma JR que respeite os direitos fundamentais, que promova a inclusão social e integração entre instituições, e que se atente aos princípios de uma vertente purista.

Aproveitando esse gancho, as reflexões sobre os embates entre a vertente purista e maximalista foram travadas na monografia sob o enfoque de que: no purismo defende-se

como elemento essencial da JR a preservação da participação voluntária nas práticas restaurativas e o cumprimento voluntário das prestações reparadoras pelo dito ofensor, enquanto em algumas linhas do maximalismo admite-se medidas coercitivas nesse sentido. Após as pesquisas do mestrado, vislumbrou-se que o traço distintivo essencial entre o purismo e o maximalismo reside mais no fato de que o primeiro tem como princípio fundamental a independência e afastamento da JR em relação ao sistema estatal de justiça, de modo que o segundo admite que a JR seja assimilada por esse sistema para ampliar a difusão das práticas restaurativas e conter, na maior medida possível, a violência estatal. As duas propostas admitem gradações para p que consideram mais ou menos restaurativo, mas o purismo não abre mão do respeito a elementos que, a nosso ver, são traços distintivos fundamentais da JR. Tal embate será aprofundado no Capítulo III.

Sobre o estudo das práticas restaurativas, entendo que o tratamento da perspectiva transformativa como utópica, como fiz na monografia, é talvez uma das causas mais empobrecedoras da JR em termos gerais. A ressignificação construtiva ou compreensiva da experiência do crime, a sua vinculação com fatores socioestruturais, e a possibilidade da restauração dos relacionamentos em que se inserem sujeitos, bem como dos relacionamentos destes com o Estado, em uma perspectiva cooperativa, são transformações que podem ser iniciadas a partir do encontro restaurativo. A restauração em si pode ser vinculada ao encontro e à reparação de danos, mas atinge o seu potencial máximo quando da transformação vivenciada pelos sujeitos ao participarem a prática restaurativa e se reconhecerem como agentes capazes de mudar coletivamente a sua realidade. A perspectiva transformativa permite enxergar o potencial da JR enquanto um caminho para a construção de uma sociedade comprometida com a democracia e com o projeto constitucional de efetivar, pela integração do público e privado, os direitos fundamentais como base da cidadania. Minha mudança de visão em relação à linha transformativa foi norteadora para essa pesquisa.

Outro apontamento que merece ser feito é a ausência de abordagem na monografia, com os devidos detalhes, das técnicas restaurativas chamadas de mediação vítima-ofensor e grupos conferências familiares. A razão para tanto é simples: por atuar mais enquanto facilitador de círculos restaurativos do que como mediador, optei à época por favorecer a descrição da metodologia circular. Hoje reconheço que esse tipo de direcionamento contribui para a vinculação da JR com os procedimentos circulares no Brasil, o que não entendo como adequado. É importante deixar claro que se trata apenas de uma das técnicas restaurativas disponíveis, de modo que aprofundar a descrição das demais e de suas

respectivas histórias nos países de origem, pode contribuir com as análises críticas e maior cautela na operacionalização de programas restaurativos no Brasil.

Refletir sobre os processos de implementação da JR em países estrangeiros serve também para deixar claro que diferentes condições, contextos e opções podem implicar em desafios de naturezas diversas. Tal reflexão nos incentiva a sermos cuidadosos ao propor reformas restaurativas brasileiras com base no estrangeiro ou mesmo fazer uso de narrativas de legitimação que, mesmo aplicadas no exterior, talvez não façam sentido algum no Brasil.

Partindo dessa última consideração, e pesquisa sobre as vias de institucionalização da JR no Brasil direcionou um empenho que, para além da análise de viabilidade jurídica, foi pautado em contextualizar o relacionamento dos cidadãos, das diversas realidades brasileiras, com o Estado e o sistema penal. Para entender melhor esse relacionamento, buscou-se compreender a concepção social e institucional de crime e como se configura a cidadania no Brasil.

Assim, sem intenção de importar ideias prontas e tampouco de oferecer respostas definitivas ou “necessárias”, o presente trabalho foi desenvolvido partindo da preocupação em contribuir com as reflexões sobre os desafios, sociais e jurídicos, para a implementação de uma JR no Brasil que possa além de servir de alternativa à tutela penal, fomentar a integração entre pessoas e instituições rumo à consolidação dos objetivos previstos na Constituição da República. Portanto, almeja-se, tão somente, chamar a atenção para o vasto horizonte de possibilidades, mesmo com os limites jurídicos e com a necessidade de preservação de garantias processuais, para se pensar uma JR brasileira na seara penal que faça frente às narrativas que legitimam a violência institucional e, ao mesmo tempo, que seja fruto de uma construção com a população e não apenas para ela.

Considerando essas pretensões, o problema desta pesquisa consistiu em: **(i)** verificar os fundamentos sociais e jurídicos para institucionalizar uma JR no Brasil, partindo do contexto Brasileiro, mas considerando os debates e movimentos estrangeiros para verificar o que pode efetivamente ser aproveitado aqui, e **(ii)** verificar caminhos possíveis, no atual cenário jurídico², para viabilizar a institucionalização de um modelo restaurativo alternativo à tutela penal, capaz de aumentar participação cidadão na gestão da justiça, de resgatar um ideal comunitário e de integrar esforços interinstitucionais rumo à efetivação de direitos fundamentais, em casos penais tuteláveis via o procedimento penal comum ordinário e sumário.

² Ou seja, sem a promulgação de lei específica para tanto.

Os dois objetivos do trabalho são **(i)** evidenciar a complexidade jurídica e social do problema da pesquisa na realidade brasileira, e **(ii)** colaborar com o oferecimento de algumas premissas jurídicas e operacionais capazes de favorecer a construção de um modelo restaurativo (brasileiro) de justiça que, além de servir de alternativa à tutela penal e à punição, auxilie na concretização do projeto constitucional de preservação e acessibilidade aos direitos fundamentais.

A metodologia adotada foi a revisão bibliográfica, hipotético-dedutiva, com enfoque propositivo, podendo ser designada aqui como metodologia de baixa complexidade, em razão da modalidade sócio-jurídica³ adotada e do fato dos dados empíricos terem sido retirados de pesquisas previamente realizadas.

As hipóteses norteadoras da pesquisa podem ser definidas como: **(i)** a existência de permissivos normativos e principiológicos no ordenamento brasileiro que autorizariam a alternatividade entre as práticas restaurativas e a tutela penal; **(ii)** a ideia de que o contexto social, jurídico e de estrutura do sistema de justiça criminal brasileiro é diverso dos países anglo-saxões tomados como referências em JR, e que isso demandaria narrativas legitimadoras e cuidados operacionais específicos para se pensar em JR brasileira; **(iii)** a JR tem potencial para ser mais do que um modelo alternativo de tutela de casos penais, podendo, por exemplo, servir de meio para a integração interinstitucional e entre o Estado e os cidadãos na promoção da acessibilidade a direitos fundamentais, para a democratização do sistema de justiça e para a compreensão generalizada da violência estrutural promovida no Brasil.

Me propus a testar essas hipóteses a partir dos seguintes exercícios: **(i)** problematizar as narrativas discursivas que buscam legitimar o sistema de justiça criminal estatal e a exclusão da vítima da construção de respostas ao caso penal; **(ii)** compreender a função política e as características distintivas da jurisdição e do processo penal; **(iii)** pesquisar elementos sobre a viabilidade de convivência e preservação entre os princípios do processo e os princípios da justiça restaurativa em uma vertente purista; **(iv)** deduzir os fundamentos e finalidades da punição, partindo da premissa da contenção da violência arbitrária e da necessidade de respeito a cada pessoa como um fim em si mesma; **(v)** do estudo das vertentes restaurativas, seus princípios reitores, e as mais notórias práticas aplicáveis no campo penal; **(vi)** da identificação das características distintivas da racionalidade restaurativa em relação à tutela penal, por fim, **(vii)** da contextualização do

³ ACHUTTI, Daniel Silva. **Justiça Restaurativa e Abolicionismo Penal**: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil. 278 f., Tese, Faculdade de Direito, PUCRS, 2012, p. 21.

estado da arte da JR no Brasil, refletindo-se sobre os caminhos para a construção democrática de uma JR brasileira.

A principal ferramenta de pesquisa foi a revisão de autores nacionais e estrangeiros que abordam a crítica ao estudo da história do direito penal, a racionalização jurídica do conflito, as peculiaridades em relação à cidadania e à democracia brasileira, as características e vertentes das práticas restaurativas, da JR, do processo penal e os fundamentos e finalidades da pena. Foram pesquisadas leis e normativas referentes à regulamentação do processo e do direito penal brasileiro, bem como normativas nacionais e estrangeiras sobre a aplicação das práticas restaurativas na área criminal. Além disso, recorreu-se a relatórios de pesquisas empíricas para verificar o estado da arte da implementação da JR no Brasil e a dados estatísticos sobre temas pertinentes aos impactos destrutivos do sistema penal na sociedade.

Os principais marcos teóricos utilizados foram: **(i)** a crítica da manipulação de narrativas históricas para legitimar o direito penal, feita a partir dos trabalhos de Mario Sbriccoli e André Giamberardino; **(ii)** os textos de Nils Christie e Pierre Bourdieu quanto à apropriação estatal do conflito humano e a sua ressignificação jurídica; **(iii)** os estudos de James Holston e Teresa Caldeira sobre cidadania (substancial e formal) e a democracia (disjuntiva) no Brasil; **(iv)** a Crítica à Teoria Geral do Processo nas visões de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Marco Aurélio Nunes da Silveira e Sylvio Lourenço da Silveira Filho; **(v)** a diferença e alternativa entre pena e censura pelos trabalhos de Roberto Gargarella e André Giamberardino; **(vi)** os debates entre o maximalismo restaurativo e o purismo sob as óticas de Lode Walgrave e Paul McCold; **(vii)** a leitura da JR como paradigma por Howard Zehr; **(viii)** a vertente expressiva ou comunicativa da pena de R. Antony Duff.

A primeira premissa adotada neste trabalho é que o sistema penal brasileiro, embora se justifique discursivamente pela promoção da segurança pública e proteção de bens jurídicos, reproduz as desigualdades e assimetrias sociais incorrendo na violação de direitos fundamentais e na precarização das condições de vida do seu público-alvo⁴. Assim, mesmo que o sistema penal fracasse em combater a criminalidade, ele logra êxito estabelecendo uma ilegalidade visível, deixando na sombra as ilegalidades que tolera

⁴ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão da segurança jurídica**: do controle da violência a violência do controle penal. 3ª ed., Curitiba: Livraria do Advogado, 2015, p. 59-60.

enquanto incita a reprodução da ilegalidade visível por meio da segregação de seus praticantes⁵.

A segunda premissa é que a necessidade de frear a violência do sistema penal é urgente tanto em termos sociais quanto jurídicos, de modo que, mesmo tendo consciência do tempo para o amadurecimento de uma JR brasileira, as reflexões deste trabalho buscam viabilizar opções que sejam passíveis de aplicação imediata, viabilizando desde já possíveis caminhos de alternatividade entre práticas restaurativas e tutela penal que sejam amparadas pelo ordenamento jurídico. Por isso que, as construções hermenêuticas e propostas desta pesquisa não navegam totalmente à margem do sistema de justiça criticado, mas se comunicam com ele para produzirem efeitos em seu âmbito, resgatando os ideais de aplicação da lei penal como *ultima ratio* e a efetivando o compromisso constitucional relativo ao uso prioritário de soluções pacífica de controvérsias.

A terceira premissa é que as práticas restaurativas são ferramentas adequadas oferecer às pessoas diretamente envolvidos no conflito, chamado de caso penal, uma oportunidade para compreendê-lo e transformá-lo positivamente com o apoio de sua rede de relacionamentos pessoais e do Estado. Essas práticas correspondem a alternativas construtivas e pedagógicas para planejar respostas ao crime, respostas manifestadas e construídas por meio da linguagem acessível, e não através de um linguajar técnico compreendido somente pelos operadores do direito. O dito controle social e aplicação de censura a atos socialmente reprováveis tornam-se mais democráticos quando os próprios cidadãos podem participar ativamente da sua produção em um espaço seguro de diálogo chancelado pelas instituições. Dessa maneira, em atenção às fronteiras da legalidade, vítima, responsável pela ofensa e seus respectivos apoiadores poderão optar, voluntariamente, pela via restaurativa, atuando como protagonistas na construção à situação vivenciada.

A última premissa é de que as práticas restaurativas e seus resultados são alternativas, respectivamente, ao processo e à punição, e não processos ou punições alternativos, de modo que essas práticas não podem ser entendidas como atos processuais, e tampouco podem resultar em penas privativas de liberdade. A aplicação da pena só é juridicamente aceitável após o acerto do caso penal, que depende da realização do devido processo legal e do trânsito em julgado (decisão da qual não se pode mais recorrer)

⁵ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão da segurança jurídica...** Op. cit., p. 254.

de uma condenação proferida pelo juiz natural. As práticas restaurativas não se prestam a tutela penal, mas à tutela restaurativa.

Com relação às razões para a institucionalização da JR, essas podem ser extraídas do ordenamento jurídico a partir do preâmbulo e de dispositivos constitucionais cujo conteúdo vai de encontro à produção dos efeitos destrutivos do sistema penal vigente. Ainda, em relação ao próprio Código de Processo Penal, as novas disposições incluídas pela Lei nº 13.964 de 2019 apontam no sentido da busca por alternativas à persecução penal e à pena de prisão.

Quanto à “justa causa” necessária para o exercício da persecução penal, essa condição possibilita que a conexão instrumental que existe entre processo penal e punição, somada à instrumentalidade constitucional do processo, viabilize uma concretização do princípio da tutela penal como último recurso (*ultima ratio*). Essa perspectiva, ao nossos ver, torna juridicamente admissível o uso alternativo entre as práticas restaurativas e tutela penal, na fase pré-processual, quando os resultados das práticas tornarem a punição e, conseqüentemente, o processo desnecessários no caso em concreto. Sem a necessidade de punir, não há porque processar! Tal proposta será melhor explorada no item 2.5 do Capítulo II e no item 4.2 do Capítulo IV.

Na concepção da Crítica à Teoria Geral do Processo, o objeto do processo penal corresponde ao acerto do caso penal, ou seja, à aplicação obrigatória da norma penal quando os fatos provados sob o crivo do contraditório façam o juiz natural inferir, para além de dúvida razoável, que houve a prática do crime imputado pelo acusado. Tal inferência torna necessária a sobreposição do juízo hipotético contido na norma sobre o caso concreto, do contrário a vedação do tipo penal torna-se inócua e a segurança jurídica, tal como a coesão social em torno do bem jurídico abarcado pela norma, ficam ameaçadas⁶. Segundo essa vertente não há lide (pretensão resistida)⁷ no processo penal, pois este é um procedimento, regido pelo contraditório, de verificação da prática de um crime pelo

⁶ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A Lide e o Conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá, 1989, 29-30, 134.

⁷ A noção de lide como pretensão resistida provém das primeiras reflexões de Carnelutti acerca do fato de uma parte possuir uma pretensão em face de outra, pretensão a qual, para a existência da lide, não seria atendida e, portanto, incorreria em uma resistência. Baseado na doutrina dos pensadores italianos, como Francesco Invea e Giulio Paoli, entretanto, Coutinho apontou que o conteúdo do processo não pode ser definido como o conflito de interesses, eventualmente, existente em algumas formas e fases do processo penal. O conteúdo do processo penal corresponderia, portanto, ao “caso penal”, ou seja, fatos cujos atos narrados potencialmente incidiria uma norma penal. A jurisdição atuaria então para realizar o acerto do fato, verificando se a norma penal incide sobre este, ou não, e o meio utilizado para a realização de tal acerto é o processo. Em: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A Lide e o Conteúdo do processo penal...** Op. cit., p. 29-30, 134.

acusado, e que legitimará, se a conclusão for pela prática, a aplicação da punição prevista na norma penal, independentemente de haver ou não uma resistência do acusado em relação à punição.

Percebe-se desde já que o processo penal não tem como finalidade oferecer uma resposta a eventual conflito humano. Ele também não se atenta à opinião das pessoas afetadas por esse conflito, porque seu caráter é essencialmente investigativo e prescritivo, vieses alheios à lógica restaurativa. Nas práticas restaurativas, entretanto, o que se busca é oferecer uma oportunidade segura e democrática de diálogo e reflexão para a vítima, seu ofensor e, se possível, outras pessoas também afetadas pela ofensa (familiares, vizinhos, etc.) para que todos possam partilhar seus pontos de vista, experiências e transformar o ato delituoso em um objeto de narrativa, racionalizando a situação a partir de suas convicções, histórias de vida, sentimentos, necessidades e expectativas. Há nessa via intenso enfoque em relacionamentos e não somente na aplicação de normas jurídicas.

Assim o processo e as práticas restaurativas são meios adotam formas diversas de entendimento e de reação às práticas criminosas, afinal eles se baseiam em linguagens e racionalidade diferentes. No o campo do direito penal o crime é compreendido como uma ação ou omissão típica, antijurídica e culpável e para a JR o crime é visto essencialmente como uma agressão humana contra pessoas e relacionamentos, que gera dor, insegurança e a obrigação moral de responsabilizar e reparar⁸.

O uso de respostas de caráter reparatório ao crime está previsto no art. 98, inciso I, da Constituição de 1988, para os casos de ofensas qualificadas como de menor potencial ofensivo, nas quais hoje se enquadram os crimes cuja pena não supere até dois anos de reclusão somada ou não à pena multa. Para algumas a linha maximalista da JR, essa composição de danos ou indenização possível de ocorrer nos casos de ação penal privada, tutelados pelos juizados especiais criminais (art. o art. 72 da Lei nº 9.099 de 1995), é uma manifestação de JR. Para a vertente purista, no entanto, ainda seria necessário um viés comunicativo e responsabilizador mais profundo do que a negociação da indenização. Seria preciso assegurar à vítima a expressão de sua história e momentos para reflexão sobre as causas e consequências da ofensa, de modo que o ofensor pudesse compreender a reprovabilidade do que fez e assim, em colaboração com a vítima, construir um plano para reparar o mal causado.

⁸ ZEHR, Howard; GOHAR, Ali. **The Little Book of Restorative Justice**. Unigraphics, 2002, p. 17-18.

Considerando, contudo, o desenvolvimento de novas iniciativas e a tendência de importação de conceitos restaurativos criados no estrangeiro, como as próprias vertentes purista e maximalista parece que, em se tratando da JR no Brasil, a prática está à frente da teoria, que é mais utilizada como um argumento para legitimar o que está sendo feito do que uma referência para garantir uma coerência entre princípios teóricos e programas reais. Em outras palavras, há diferentes projetos que utilizam a marca da JR que estão espalhados pelos Estados Brasileiros, usando variações de metodologias, como a mistura de abordagens autocompositivas com palestras sensibilizadoras e geralmente com enfoque em um tipo de criminalidade específica. Ao contrário da teoria da JR, que se volta usualmente para as necessidades das vítimas, a maioria desses programas tem como enfoque apresentar uma via alternativa de responsabilizar o ofensor e impedir que as penas privativas de liberdade sejam aplicadas. Inclusive pode-se encontrar propostas que se denominam de práticas de justiça restaurativa sem nem sequer incluir a vítima ou promoverem qualquer tipo de interação entre ela e o autor da ofensa.

A nossa maneira, desenvolvemos a nossa própria JR, ou algo que chamamos de JR com base em conceitos tão atraentes quanto vagos, como “humanização”, “emancipação”, “transformação” e mesmo “restauração”. Como podemos avaliar o que é restaurativo ou não sem critérios precisos? Como podemos estabelecer critérios precisos sem matar a criatividade? Esses são alguns dilemas da dita JR brasileira, que vem ocupando diferentes lugares e com rostos tão diversos que chega a ser estranhos receber o mesmo nome. Hoje em dia, gostar de JR é estar na moda, mas fazer valer os princípios que tornam a justiça realmente restaurativa, é uma atividade mais rara, e mais raro ainda é encontrar programas que ousem aplicar práticas restaurativas em casos para além de crimes qualificados como de menor potencial ofensivo.

Até o momento, ainda que se esteja debatendo a recepção de práticas restaurativas no Projeto do novo Código de Processo Penal (Projeto de Lei nº 8.045 de 2010)⁹ e essas práticas estejam regulamentadas, no âmbito judicial, pela Resolução nº 225 de 2016 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e no Ministério Público (MP), pela Resolução nº 118 de 2014 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), não existe lei federal específica que trate da aplicação da JR na área criminal brasileira, ou qualquer outra área

⁹ BRASIL. **Comissão do novo CPP debate Justiça Restaurativa**. Distrito Federal: Câmara dos Deputados, 04 de out. 2016. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITO-E-JUSTICA/517064-COMISSAO-DO-NOVO-CODIGO-DE-PROCESSO-PENAL-DEBATE-JUSTICA-RESTAURATIVA-NESTA-TERCA.html>. Acesso em 06 de abril de 2017.

que seja¹⁰. Tem-se então mais uma rica oportunidade para se pensar e repensar a JR no Brasil a partir do que já temos regulado e mapeado. Evidentemente, em um país com uma cultura legalista como a brasileira (*civil law*) o desafio cultural para legitimar parâmetros de qualidade sobre uma proposta de justiça que não foi nem legislada é maior do que do que nos Estados Unidos, Canadá e Nova Zelândia, que apesar de contarem com experiências restaurativas desde 1970, não possuem uma lei específica para tanto.

Essa ausência no Brasil, não significa que o terreno jurídico é infértil para se contar com autorizações mais ou menos explícitas quanto ao uso de práticas restaurativas como vias alternativas de reação aos mais diversos tipos de crimes e como maneira de incluir a vítima nesse percurso. Os limites são mais traçados pela cultura do medo e da centralização de poder do que propriamente jurídicos, mas esses mesmos limites são geralmente legitimados pelos mais diversos e refinados argumentos jurídicos que se reinventam na medida em que a realidade os elastece. Por isso penso que é importante desconstruir esses falsos limites jurídicos, porque então o verniz das negativas punitivistas e do apego ao poder cai, e então poderemos levar o debate a um nível mais profundo, filosófico ou social. O jurídico ainda é superficial, mas mascara a violência por trás da insistência em se preservar um modelo de justiça que carece cada vez mais de sentido aos seus destinatários.

Nos corredores do sistema de justiça se tornou “feio” dizer que “não gosta da JR”, afinal ela se conceito se tornou um sinônimo de reforma de tudo que é antidemocrático e ineficiente no sistema de justiça, embora cada pessoa ou instituição tenha sua própria concepção de JR. Apesar disso, ou melhor, quem sabe por não se saber ao certo o que pode ser considerado JR, ainda é muito cômodo afirmar que ela só é aplicável em casos simples, afinal, especialmente no Brasil, são esses casos que estão sendo os maiores alvos das iniciativas intituladas de restaurativas.

Os operadores do direito ainda não estão dando chance ao florescimento da JR onde ela pode realmente “mudar paradigmas”, como tanto se diz. Mas as barreiras a esse florescimento vão desde explicações intuitivas, percepções preconceituosas, ignorância de iniciativas já existentes e, quando esses argumentos não servem: apela-se aos argumentos jurídicos invocados a partir de uma ótica tradicional.

Para se trabalhar a institucionalização da JR no Brasil, por que é tão importante (re)pensar sobre esses supostos limites jurídicos? Ao meu ver, uma resposta técnica

¹⁰ A Previsão da transação penal no art. 72 da Lei 9.099 de 1995 não pode ser considerada uma regulamentação das práticas restaurativas, primeiro pelo modo como esta é realizada na prática, na perspectiva de adesão dos réus a acordos propostos pelo MP sem grande participação da vítima, e segundo porque as práticas restaurativas englobam mais metodologias do que a transação e mediação penal.

possível é: para verificar se a alternatividade entre JR e tutela penal é uma opção lícita e, uma resposta mais prática diz respeito à comunicação entre os estudiosos da JR (minoria) e os juristas que limitam seu raciocínio a aspectos jurídicos (maioria). Quem possui poder para barrar a maioria de inovações no sistema de justiça são os próprios juristas. Por isso, ignorar a linguagem dos juristas na hora de se propor inovações é colaborar direta ou indireta com a morte prematura de iniciativas restaurativas que poderiam se desenvolver no sistema de justiça, ou mesmo fora dele, dependendo dele para concretizar alguns objetivos.

Eis então alguns motivos que respaldam a importância de um diálogo daqueles que estudam JR, na área penal, com o direito e com os juristas. Trata-se de uma oportunidade de estudar o sistema de justiça a partir de seus próprios pressupostos (e não só das críticas dos estudiosos da JR). Ao mesmo tempo, os juristas podem refletir até que ponto os limites ao espaço e possíveis consequências jurídicas da JR no campo penal são coerentes com o ordenamento jurídico, ou se são produtos de uma mentalidade punitivista e de uma racionalidade de centralização do poder que esses mesmos juristas criticam. Pesquisar tais limites é também pensar sobre essas duas questões. Portanto, como sou um profissional e um pesquisador da área do direito, ao mesmo tempo em que me dedico aos estudos da JR, que considero uma área correlata, meu enfoque de pesquisa será jurídico.

Ao longo da pesquisa, foi ficando claro que a mentalidade punitiva e a racionalidade jurídica centralizadora relativa à gestão estatal de casos penais, são elementos que podem exercer influência significativa sobre a forma com as instituições do sistema de justiça norteiam o desenvolvimento de programas restaurativos. Nesse sentido, essas iniciativas deixam de dar um passo além, barrada por afirmações típicas como “ai já é demais”, “nesses casos não daria certo”, “nessas situações, fazer isso seria pegar muito leve”, sem ninguém perguntar nada às vítimas ou mesmo realizar um estudo social a respeito? Esses não são argumentos jurídicos e, no entanto, são comuns entre operadores do direito quando o assunto são projetos de JR para além dos casos penais qualificados como de menor potencial ofensivo.

No Brasil é o Poder Judiciário que vem capitaneando a implementação e difusão da JR enquanto proposta, tendo a Presidência do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) elencado o seu desenvolvimento como diretriz para o biênio 2015-2016 através da Portaria nº 16 de 16 de fevereiro de 2015. Ao contrário do que da Nova Zelândia, Canadá e Estados Unidos, no Brasil não foi o apelo popular pela criação de uma justiça que respeitasse tradições culturais nativas ou os direitos das vítimas que operou como propulsor à adoção de práticas restaurativas.

O combustível institucionalizador da JR no Brasil está mais associado a uma necessidade de aprimoramento gerencial do sistema de justiça, com base na diretriz da celeridade, da poupança de recursos e da ampliação da satisfação dos cidadãos, do que propriamente a demandas sociais organizadas para pleitear mudanças nesse sistema. Isso não retira o valor do que foi atingido, mas não deve passar despercebido em uma análise crítica, afinal, quando a celeridade e, por vezes, o “eficientismo” são tomados como princípios orientadores das “boas ideias”, a essência transformadora dessas ideias pode ser deixada de lado.

A mentalidade popular e institucional em relação ao enfrentamento da criminalidade no Brasil ainda estão ligadas à ideia da punição como resposta padrão e única, especialmente em realidades nas quais a presença do Estado é mais forte. Isso também não colabora para o avanço da JR para além da margem dos casos penais tutelados pelo sistema de justiça e é um fator que demanda reflexão quando se pensa nos rumos que a institucionalização da JR pode tomar no país.

Além disso, as desigualdades sociais em termos de acessibilidade a direitos fundamentais e a violência do sistema penal, que não só pune como segrega mesmo após a punição, são características da realidade brasileira que também merecem consideração. Do contrário, a fascinação pelos ideais (importados) da JR pode nos fazer ignorar os traços distintivos entre os locais onde ela foi pensada e o contexto brasileiro, dando aval para a institucionalização de práticas que, em verdade, podem operar apenas para envernizar a violência estatal e servir para a culpabilizar os indivíduos por problemas cujas origens também são estruturais.

Se a JR for tratada como “benefício” em vez de um direito submetido a condições de voluntariedade do autor da ofensa e da vítima, o risco dela se desenvolver além das margens do sistema penal é grande. Se concebida como uma mera opção gerencial de embates humanos e não como uma via para inclusão social e fortalecimento dos ideais de cidadania, comunidade, fraternidade e democracia, a JR não incentivará as instituições a cumprirem com seu dever de promover e difundir a acessibilidade aos direitos fundamentais, e talvez perca a oportunidade de integrar ainda mais os cidadãos e as instituições entre si. Ela tem potencial para tanto!

Portanto, a JR pode ser concebida como algo além de um projeto do sistema de justiça. Ela pode ser uma via de fomento para a integração social e institucional, para uma interpretação relacional da prática criminoso e sua responsabilização, e para organizar esforços rumo à transformação realidade através da superação das causas e consequências

da violência praticada. A concretização dessas possibilidades está vinculada à criação de parâmetros objetivos e do estudo aprofundado dos princípios de JR e sua aplicabilidade no contexto brasileiro.

Em nosso país, vale lembrar que a atenção sobre o porquê institucionalizar a JR se deslocou para o “como” sem que os fundamentos e contextualizações necessárias tivessem atingido uma maturidade suficiente para, na fase de implementação, explorar-se o real potencial das práticas restaurativas. Assim, propõe-se um passo para trás antes de analisarmos a operacionalização da JR em si, a fim de se evitar eventuais tropeços com a tentadora corrida que o “como” comumente convida os pesquisadores e gestores a percorrer sem antes refletirem sobre os fundamentos e riscos de aplicação das ideias na realidade em que eles se encontram.

Nesse sentido, no Capítulo I foi abordado o fenômeno da normalização discursiva do sistema de justiça criminal estatal como único modelo apto e legítimo a promover a gestão não-violenta de conflitos qualificados como crimes. Em seguida, de maneira panorâmica, tratou-se de como a consolidação desse sistema dependeu da instrumentalização e posterior negação da justiça comunitária e autocompositiva, bem como o consequente afastamento da vítima do rito de construção de respostas ao crime. Então foi feita uma análise crítica do discurso que dá sustentação a essa perspectiva a partir de evidências históricas e da reflexão sobre experiências de justiça comunitária sob a ótica da antropologia jurídica e da crítica à análise histórica linear do sistema penal. Ato contínuo, dissertou-se sobre as inconsistências práticas e a contraprodutividade de se ignorar a dimensão relacional do conflito nos ritos usados para promover a construção de respostas a ele. Partindo dessas análises, foi realizada, com base nos conceitos de democracia disjuntiva, da diferença entre cidadania e formal e substancial, uma contextualização sobre o relacionamento do sistema penal brasileiro com o cidadão e de algumas das principais dificuldades culturais e sociais para a institucionalização da JR no Brasil. Ao final contextualizou-se o diálogo entre justiça restaurativa e sistema penal brasileiro, tratando-se dos possíveis benefícios sociais e institucionais dele e do atual estado da arte da institucionalização judicial da justiça restaurativa brasileira.

No Capítulo II foram estudados os fundamentos e funções da jurisdição, do processo penal e da punição no Estado Democrático e Constitucional de Direito. Essa análise teve como finalidade evidenciar as diferenças procedimentais e lógicas entre as práticas restaurativas e o sistema de justiça criminal ao mesmo tempo em que tornou possível uma análise desse sistema a partir de seus próprios pressupostos. Buscou-se

identificar também o espaço da vítima no processo penal e como os seus direitos vêm sendo considerados. Assim, a ideia foi promover reflexões coerentes, comparando-se o que o sistema de justiça criminal se propõe declaradamente a atingir e o que provoca, de fato, na realidade. Entendo que avaliar o sistema de justiça criminal judicial pela ótica restaurativa é um esforço válido, mas que conduzirá a conclusões tendenciosas. Também foram analisados os principais princípios de processo penal usualmente aventados como óbices ao uso de práticas restaurativas no campo penal (como a legalidade, a jurisdição, a indisponibilidade do processo, a obrigatoriedade, o contraditório e a presunção de inocência), sendo realizadas reflexões sobre as efetivas funções desses princípios e as extensões desses supostos limites à luz da via operacional paralela entre JR e justiça criminal e das possibilidades que o atual ordenamento reconhece.

As conclusões do Capítulo II então indicam algumas balizas jurídicas para se verificar a viabilidade da interação e os possíveis efeitos jurídicos que a realização e resultados das práticas restaurativas poderiam produzir na seara penal sem macular as garantias processuais fundamentais para conter a violência do Estado. Para tanto, considerou-se a conexão instrumental entre processo e pena, as diversas vertentes sobre os fundamentos e finalidades da punição, e as condições para o ajuizamento da ação penal, afinal a proposta foi pesquisar formas de implementar um modelo que ofereça alternativas entre a tutela penal e a restaurativa.

O Capítulo III foi direcionado à reflexão sobre a JR e suas práticas. Seu enfoque inicial foi depositado sobre as polêmicas em torno dos critérios para a definição do que seriam parâmetros coerentes e aceitáveis para se qualificar uma prática como restaurativa e como esses critérios podem balizar a formulação de iniciativas e programas restaurativos. Em seguida, o enfoque pendeu para verificar possíveis formas de organização de iniciativas restaurativas a partir da descrição dos papéis dos atores envolvidos nelas. Ainda, tratou-se das características das principais metodologias restaurativas aplicadas no campo penal e para contribuir com as reflexões sobre as cautelas importantes para institucionalização dessas práticas no Brasil foram também analisadas as suas origens e circunstâncias de institucionalização, comparando-se, quando possível, com o que tem sido feito por aqui.

Durante Capítulo III foram utilizadas normativas referentes às práticas restaurativas, como as resoluções do Conselho Nacional de Justiça, do Conselho Nacional do Ministério Público e a Resolução nº 2002/12 do Conselho Econômico e Social da Organização Mundial das Nações Unidas, comparando o seu conteúdo com as doutrinas estudadas. Ao final, com base nessas normativas e nas ponderações e conclusões sobre a JR, apresentou-

se um rol de princípios considerados importantes para preservar a coerência nas suas aplicações práticas em casos penais no Brasil.

No Capítulo IV, partindo das considerações dos demais capítulos e da contextualização feita no Capítulo I, foi analisado como uma narrativa restaurativista brasileira, construída em conjunto com a população, permitiria potencializar os efeitos integradores, reparadores e inclusivos das práticas restaurativas, ressignificando construtivamente a forma como nossas instituições e sociedade concebem e reagem à prática de crimes. Em seguida, abordou-se possíveis opções para se operacionalizar uma via alternativa restaurativa de caráter alternativo à persecução processual no âmbito pré-processual penal.

A análise então progrediu para o campo processual considerando o marco teórico da Crítica à Teoria Geral do Processo e o princípio da indisponibilidade do processo. Nesse sentido, refletiu-se se a análise dos efeitos positivos da prática restaurativa poderiam promover uma alternatividade entre JR e persecução penal, mesmo após o recebimento da denúncia, ou apenas conter a violência punição em sendo o caso de condenação. Ao final foram analisadas as principais propostas legislativas brasileiras relativas à institucionalização da JR a fim de verificar indicativos de caminhos que ela poderá tomar no futuro.

Atentando-se ao futuro, é importante considerar que o sistema de justiça e o Estado tendem a centralizar em si o poder para a implementação de inovações, deixando em segundo plano a participação popular (direta) para fazer valer essas propostas. Isso pode parecer mais prático e célere, entretanto, considerando que a Constituição da República enaltece valores como solidariedade e pluralidade, é paradoxal que o sistema de justiça insista em conceber o cidadão como um espectador das transformações sociais. Quando se fala em um modelo restaurativo de justiça, está-se tratando de uma justiça pautada no diálogo que pode atingir uma potência democrática muito maior se construída em conjunto com a população. Ainda assim, essa construção também nos convida a sermos cautelosos e responsáveis, afinal, em um país onde os destinatários da norma são instigados a vestir o manto da passividade, as coisas não mudam do dia para a noite.

A menos que as “boas ideias” se mostrem sólidas, coerentes, e passíveis de realização, a experiência mostra que a inércia é mantem as coisas como estão. Prova disso é que a própria Constituição, em suas ousadas pretensões, já fez o convite para a mudança há décadas, mas, na essência, o sistema de justiça criminal permanece arraigado a pressupostos punitivistas, fazendo pequenas concessões e oferecendo vias alternativas as

quais são mais negociais entre acusação e defesa do que efetivamente inclusivas e dialógicas. São vias que dão pouco espaço ao protagonismo da vítima e que engessam as opções de escolha do autor do fato.

Portanto, havendo propostas alternativas à persecução penal e à pena que sejam admitidas pelo ordenamento jurídico e se mostrem menos violentas, mais inclusivas e, ao mesmo tempo, sejam aptas para comunicar a reprovabilidade dos atos cometidos, promover a reparação de danos, restaurar a sensação de segurança coletiva e reafirmar os valores sociais que promovem uma convivência harmônica, viabilizando a reintegração social da vítima e do autor da ofensa, parece não haver sentido escolher a tutela penal como caminho prioritário de reagir ao delito. Sobre essa premissa e as considerações já apontadas, foi conduzido esse trabalho, pois, como dizia Paulo Freire, “a história é tempo de possibilidade e não de determinismo”¹¹.

¹¹ FREIRE, Paulo. **Pedagogia da Autonomia**: saberes necessários à prática educativa. São Paulo: Paz e Terra, 1997, p. 21.

CAPÍTULO I – PARA ALÉM DO DISCURSO JURÍDICO E ESTATAL DE TUTELA DE CASOS PENAIIS: UMA REFLEXÃO INICIAL SOBRE AS POSSÍVEIS CONTRIBUIÇÕES DA JUSTIÇA RESTAURATIVA NO CENÁRIO BRASILEIRO

1.1 Sobre as estratégias discursivas que tornam a justiça estatal algo normal e provocam a rejeição de outros meios de responder ao conflito

Reconhecer a complexidade envolvendo uma proposta de diálogo entre a JR e o sistema de justiça penal brasileiro é fundamental para o mapeamento do terreno estudado. Uma série de condições históricas, sociais e políticas tornaram possível a consolidação do atual modelo processual penal estatal e, da mesma forma, a emergência das práticas restaurativas como reação a ele. O esforço para compreender essas condições pouco a pouco vai deixando evidente a complexidade do assunto, e tal esforço também permite ao pesquisador ter uma noção mais aprofundada do contexto de inserção desse diálogo e a essência de seus objetos de pesquisa.

Como um primeiro elemento relevante para o diálogo é que a racionalidade jurídico estatal é tem pretensões de universalidade e, portanto, faz com que as instituições do sistema de justiça tendam a se comportar de modo predatório, sendo dependentes de narrativas que capturam as manifestações locais e as aprisionam em seus contornos discursivos, como se fosse o próprio sistema estatal fosse um resultado inevitável da história. Esse modelo, que se consolidou e sobreviveu em meio à diversidade das organizações comunitárias de reação ao conflito, com seu objetivo de universalidade, historicamente decompõe ou assimila as manifestações locais de justiça com a condição de garantir sua própria continuidade.

Tal continuidade, depende, ao seu turno, da reprodução de um tipo de fundamental de sujeito e de ordem: o sujeito de direitos, cuja identidade é delimitada pela lei, e a ordem estatal, ambiente no qual esse sujeito e seus semelhantes serão produzidos e se reproduzirão. Trata-se de um ambiente social no qual o Estado, sustentado pela forma e pelo conteúdo jurídico, centraliza em si a (última) palavra autorizada de ditar como as coisas devem ser.

Assim, o saber jurídico e o discurso que este lança mão para se sustentar desenham um sujeito (de direito) alimentado por noções como “autonomia da vontade”,

“racionalidade” e “poder de Estado”¹². A identidade desse sujeito se constitui de mãos dadas com a identidade do Estado, e o discurso os apresenta essa dependência mútua como o ápice da evolução da civilização do bem-estar e da segurança. Na prática, contudo, vislumbra-se um sujeito real longe da emancipação e que sofre cada vez mais com sua subjetividade diluída em meio a várias tecnologias de poder que limitam a sua autonomia¹³.

Superar a confusão entre discurso e realidade é um passo na direção além do “nada funciona”, para pensar em opções e não em destinos inevitáveis. Por isso é tão importante uma leitura do sistema penal e da JR a partir de suas próprias premissas e lógicas, para ver se onde nos propomos a chegar é para onde realmente estamos indo.

Uma das principais forças motrizes para os movimentos que originaram a organização das práticas restaurativas foi a falta de consideração, pelo sistema de justiça, das necessidades reais das pessoas envolvidas nos casos por ele tutelados, em especial o silenciamento ou ignorância das vozes das vítimas. Trata-se não somente de vítimas de crimes hoje em dia, mas também de etnias inteiras que lutam para serem representadas na ordem social, como povos tradicionais. Como se referenciará adiante, a anulação das expressões culturais comunitárias de gestão de conflitos foi um dos sequestros mais imprescindíveis para a sedimentação do poder estatal.

Essa anulação foi muito além do campo material, por meio da repressão e extermínio, sendo também relevantes as categorizações científicas e as leituras históricas hoje adotadas para que esse sequestro se consolidasse. Nessa linha, as produções científicas brasileiras em muito se orientam por preconceitos vinculados a uma visão eurocêntrica de mundo, que exportou para cá o modelo estatal imposto às primeiras nações das Américas. Essa visão colonial justifica sua pretensão universalizante e predatória principalmente pela inferiorização das perspectivas locais e comunitárias, desqualificando o que é diferente por meio de discursos evolucionistas autorreferenciais¹⁴.

Atentando-se ao tema, Daniel Achutti apontou que a racionalidade da ciência moderna formou-se sob forte influência da revolução científica do século XVII a partir de premissas de universalidade, determinismo e objetividade do conhecimento, elementos enviesados por uma lógica de dominação¹⁵. No caso dos saberes jurídicos, quando estes

¹² FONSECA, Ricardo Marcelo. **Poder entre o Direito e a “Norma”**: Foucault e Deleuze na Teoria do Estado. Em: FONSECA, Ricardo Marcelo. *Repensando a Teoria do Estado*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004, p. 279.

¹³ FONSECA, Ricardo Marcelo. **Poder entre o Direito e a “Norma”**... Op. cit., p. 279.

¹⁴ DUSSEL, Enrique. **1492**: O Encobrimento do Outro (A origem do “mito da Modernidade”). Petrópolis (RJ): Vozes, 1993, p. 8-9, 22.

¹⁵ ACHUTTI, Daniel Silva. **Justiça Restaurativa e Abolicionismo Penal**... Op. cit., p. 25-26.

implementam condições existenciais de manifestação, eles o fazem de acordo com a forma jurídica, fazendo com que as demais possibilidades de exercício de controle social sejam deslegitimadas e com que o destinatário da norma, o “sujeito de direito”, confunda uma escolha de regulação social com uma necessidade¹⁶.

A apropriação da gestão do conflito e a consolidação da autoridade estatal associam-se ao que Pierre Bourdieu denomina de “poder simbólico”, um poder o qual só pode ser exercido com a cumplicidade daqueles que ignoram a sua sujeição a ele ou o fato de que o exercem¹⁷. Assim, o direito estatal e os procedimentos judiciais são espécies de poderes simbólicos na medida em que comunicam e buscam delimitar as possibilidades da realidade, engessando expectativas a partir do modelo da sociedade regida pelo Estado¹⁸.

Enquanto esse direito define e comunica aos sujeitos o que podem exigir ou fazer¹⁹, o processo penal obedece a uma lógica semelhante na qual, observado um ritual específico, um sujeito poderá ter sua identidade social modificada pela etiqueta que lhe é imputada judicialmente (inocente, culpado, etc.). O direito também estipulará qual tratamento as autoridades devem conferir a esse sujeito a depender da sua nova identidade.

O confisco do conflito e a centralização da sua gerência pelo Estado estão vinculados à apropriação da palavra de poder por uns (profissionais) e a resignação ao silêncio por outros (profanos) que, na esperança de “entrar no jogo”, sujeitam-se ao direito para regular suas relações e conflitos, tornando-se cúmplices do modelo estatal ao renunciarem seus conflitos aos operadores do direito, garantindo assim seu lugar na arquibancada²⁰. Nesse cenário, o sujeito, privado de grande parte da responsabilidade por seus conflitos, torna-se um cliente de peritos (advogados, juízes, promotores) que atuarão como os verdadeiros protagonistas do caso, transpondo a violência ou embate do mundo dos fatos para um teatral debate de posições no “mundo jurídico”²¹.

O campo jurídico estatal, ao estabelecer as balizas para separar profanos (não juristas, desprovidos do conhecimento técnico-jurídico) e profissionais (operadores do direito), cria um espaço de concorrência pelo poder do “direito de dizer o direito”²², em que esses profissionais buscam aumentar suas respectivas influências para fazer valer a sua

¹⁶ BORGES, Guilherme Roman. Violência e Mediação: impressões jusfilosóficas. Curitiba: **Revista da Unicuritiba**, v. 1, n. 30, fl. 112-137, 2013, p. 125-126.

¹⁷ BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. 16 ed., Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010, p. 7-8.

¹⁸ BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**... Op. cit., p. 9, 237.

¹⁹ BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**... Op. cit., p. 233.

²⁰ BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**... Op. cit., p. 225-229.

²¹ BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**... Op. cit., p. 228-229.

²² BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**... Op. cit., p. 212.

visão do direito. Nesse contexto, os proprietários originais do conflito são também privados do direito de disputar por um espaço de fala.

Sobre isso, relembra-se que uma das motivações para a emergência e institucionalização da JR nas últimas décadas em alguns países estrangeiros foi a demanda por espaço e voz pelos cidadãos no sistema de justiça. No caso prática restaurativa chamada de “mediação vítima ofensor” (MOV), sua institucionalização na América do Norte foi incentivada por movimentos pelos direitos das vítimas²³. Em se tratando dos “grupos de conferências familiares” (GCF) na Nova Zelândia, esses surgiram como uma resposta estatal ao descontentamento popular, especialmente de etnias nativas, em relação ao poder, praticamente absoluto, de decisão dos peritos sobre o destino de crianças e adolescentes que estavam em situação de risco ou em conflito com a lei²⁴. Quanto aos círculos restaurativos, a sua assimilação enquanto técnica de transformação de conflitos penais inspirou-se em movimentos de diferentes tribos das primeiras nações norte-americanas, como os navajos (EUA) e as tribos de Yukon (Canadá) que almejavam ver seus pares julgados conforme seus costumes, que se baseiam no compartilhamento da palavra e da responsabilidade pela construção da resposta ao crime²⁵.

Tratar do diálogo entre JR e processo penal é falar da responsabilidade pela construção da resposta à prática criminosa. Na JR, essa responsabilidade é compartilhada entre as pessoas envolvidas e/ou afetadas pelo crime, mas no procedimento penal para além do rito sumaríssimo, essa responsabilidade é centralizada nas mãos do Estado, que conta com defesa e acusação para lhe oferecer as peças do quebra-cabeça a ser ordenado nas molduras da lei. Tal ponto de tensão entre essas racionalidades contribui para explicar porque as práticas restaurativas tendem a ficar marginalizadas nos países onde emergem, afinal elas partem de premissas operacionais distintas da centralização que sustenta o sistema de justiça penal.

Outro fator relevante é que as práticas restaurativas permitem a expressão de linguagens diversas e a consideração de elementos subjetivos ignorados pelo campo jurídico criminal cuja preocupação é o acerto do caso penal conforme a lei. As

²³ Sobre o tema, ver: SUZUKI, Mashiro; HAYES, Hennessey. *Current Debates over Restorative Justice: Concept, Definition and Practice*. **Prison Service Journal** 2016. Brisbane Australia: n. 228, p. 4–8, 2016.

²⁴ Sobre o tema, ver: SCHMID, Donald J. **Restorative Justice in New Zealand: a model for U.S. Criminal Justice**. Wellington (Nova Zelândia): Ian Axford Fellow in Public Policy, 2001.

²⁵ Sobre o tema, ver: FENNEY, Alethia Z. **Navajo Peacemaking and Maori Restorative Justice: a comparison of process and procedure**. Denver: Regis University, tese apresentada para a obtenção do grau master of criminology, 2012; MCCORMICK, Anna C. **Confronting the Past and Building a Future: peacemaking circles in a northern canadian community**. Burnaby: Simon Fraser University, tese de master em criminologia, 2001.

práticas restaurativas recebem a complexidade das várias dimensões do ser humano, dotando-se de maleabilidade para dar asas à criatividade na formulação coletiva das respostas aos casos concretos. Nessas abordagens, o imprevisível pode ser acolhido na medida em que permite a melhor compreensão da situação sem desrespeitar a dignidade alheia. No processo penal, por sua vez, os aspectos humanos são juridicamente racionalizados e codificados em uma linguagem ininteligível para os envolvidos no caso, delegando a estes sujeitos leigos um lugar secundário ao ocupado pelos profissionais do direito.

Nas práticas restaurativas, almeja-se criar ou encontrar, caso a caso, uma linguagem compartilhada entre vítima, autor da ofensa e seus respectivos apoiadores. E partindo dessa premissa que o diálogo se torna possível e construtivo, sendo passível de resultar na responsabilização (censura) do autor, na reparação (ainda que simbólica) do dano causado à vítima e na criação de condições que diminuam as chances de perpetuação da violência no futuro. Já no processo penal, a linguagem adotada é técnica e preestabelecida, sendo os interesses da vítima e seu ofensor dados como contrapostos e inconciliáveis de plano, pressupondo-se que a vítima almeja replicar a violência a que foi submetida e que o autor da ofensa apenas deseja eximir-se de qualquer responsabilidade pelo que praticou. Ao contrário da JR, que busca acolher diversas formas de expressão e comunicação, o direito estatal assenta-se em uma linguagem própria que a todos se dirige e que a todos pretende afetar, independentemente de consentimento individual, pois este consenso é pressuposto quando da aprovação da norma pelo legislador democraticamente eleito.

Esse pressuposto colabora para o afastamento da vítima da gestão do conflito, e a partir disso ela passa a servir apenas como uma representação humana da norma social violada, como um elo de ligação entre a realidade e as abstrações jurídicas que é invocado para facilitar a compreensão da reprovabilidade da reprovabilidade do crime. O acusado também é afastado da participação direta nessa gestão pelo mesmo preconceito quanto ao risco de reprodução da violência. A diferença entre essas segregações é que, no caso do acusado, este é encarado como diretamente interessado, enquanto a vítima é substituída pela norma e pela sociedade, podendo realizar intervenções, via de regra, subsidiárias e, também como o acusado, através de um profissional jurídico. Portanto, a comunicação entre os polos no processo se dá pela intercalação de exposições antagônicas feitas por especialistas com o objetivo de convencer um juiz. Enquanto a JR adota uma lógica inclusiva, reflexiva e cooperativa que aborda o conflito humano, o processo possui um

caráter adversarial, investigativo e prescritivo que promove a representação simbólica do conflito humano na forma de um ritual processual.

Para reivindicar sua supremacia ante a interesses individuais e possibilitar a centralização do poder, esse direito estatal se desenvolve em um sistema fechado, passível de compreensão apenas por meio de uma leitura interna e autorreferencial. Nesse mesmo sentido, a história do direito é fortemente influenciada pela vertente linear de desenvolvimento de conceitos e métodos jurídicos, reforçando a visão do campo jurídico como autônomo em face às relações de força que ele mesmo consagra²⁶. O raciocínio kelseniano é um bom exemplo dessa lógica cíclica, pois vincula a validação das normas jurídicas ao conteúdo de outras hierarquicamente superiores, proferidas por fontes reconhecidas normativamente como válidas²⁷.

Assim, o direito estatal, enquanto uma ferramenta de conformação da subjetividade, busca projetar na realidade um modelo de ser apresentado uma realidade superior as demais (ou única realidade possível) com fito de transformar seu projeto na única realidade existente. Dessa maneira o direito constrói-se e valida-se por meio de discurso um que assimila categorias para se apossar da história e apresentar seus conceitos de sustentação como verdades auto fundantes²⁸. Esse direito, no entanto, encontra resistência na sua empreitada para se tornar universal e a insurgência das justiças locais e comunitárias, que não reconhecem sua legitimidade, é um exemplo disso.

Embates também ocorrem no âmbito interno do campo jurídico, pois a concorrência pela palavra nesse contexto hierarquizado é constante, seja na academia ou nas cortes. Tais embates são construtivos para o direito estatal, pois os adversários, ao antagonizarem o conteúdo jurídico e não a sua forma, tornam-se cúmplices da racionalidade jurídica que escora a existência do seu papel social como especialistas²⁹.

Os embates externos entre campo jurídico estatal e outras manifestações de justiça, tendem a ser travados nas molduras do direito estatal e não raro se pautam na pretensão de reconhecimento e validação por esse direito. Isso reflete o que Bourdieu entende como poder simbólico, uma vez que o direito estatal é um referencial de validação magnético e é neste ponto que reside a fonte de seu poder. Esse trabalho de assimilação passa pela racionalização e formalização executadas pelo esforço dos juristas que submetem essas manifestações a um corpo de regras para as tornar coerentes com seus princípios e rejeitar

²⁶ BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico...** Op. cit., p. 209, 212.

²⁷ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 7ª ed., Coimbra: Almedina, 2008, p. 4-13, 81, 262.

²⁸ BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico...** Op. cit., p. 214.

²⁹ BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico...** Op. cit., p. 218-219.

aquilo que não é passível de adequação³⁰. Em relação à gestão de conflitos, a via institucional basilar de tutela de controvérsias, inclusive determinada pelo ordenamento jurídico, é a processual judicial ou administrativa, porém ela vem acoplando a sua estrutura “propostas alternativas”, como as abordagens autocompositivas, para se reinventar e com isso preservar sua legitimidade.

Em uma sociedade extensa e heterogênea a adaptabilidade do conteúdo do direito estatal é fundamental para a legitimidade da ordem jurídica, pois permite a esta abranger diferentes estilos de vida e culturas, sendo racionalizada como referencial regulador para todos. Tal mecanismo, associado à universalização do direito, é também chamado por Bourdieu de “normalização”, pois permite que as pessoas assimilem esse direito como inerente à vida coletiva, o que perpetua a autoridade estatal. O que é deontológico (dever ser) torna-se então ontológico (ser) aos olhos dos destinatários da norma, e assim o cumprimento dos comandos jurídicos vira também regra, sendo algo tão comum que a mera afronta ao direito é entendida como antinatural³¹.

Nesse sentido, Peter Morton ressaltou que a diversidade entre os indivíduos traz à tona constantes tensões reguladas por regras aplicadas a todos independentemente de suas diferenças. Como essas regras pretendem ter caráter universal, elas são escritas e parecem ter uma existência objetiva, pois o texto gráfico pode ser materializado em um código, por exemplo. Assim, Morton apontou que a estabilidade das relações sociais humanas depende do reforço da lei pelo Estado em uma tentativa de promover a conformidade dos comportamentos com os comandos legais, que retratam um tipo de organização coletiva específica³².

Esse sistema cíclico e autorreferencial de legitimação do direito pode ser comparado ao que à noção de poder em Foucault, no sentido de que o poder que produz o sujeito depende da ideia de verdade, pois essa verdade cria ao poder ao mesmo passo que é criada por ele, e o exercício do poder incute nas pessoas o dever de buscar e cultivar a verdade, de maneira que, ao fazê-lo, elas legitimam o poder³³. A verdade, produzida discursivamente, tem como pretensão ser compreendida como real, e o discurso que a produz só é compreendido como válido na medida em que é verdadeiro, mas o discurso do poder emana a verdade. Ter isto em mente é vital para reconhecer que se as reflexões sobre a

³⁰ BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico...** Op. cit., p. 221.

³¹ BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico...** Op. cit., p. 246

³² MORTON, Peter. **An Institutional Theory of Law...** Op. cit., p. 18-19.

³³ FOUCAULT, Michel. **Em defesa da Sociedade:** Curso no Collège de France (1975-1976). São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 29-31.

institucionalização da JR na seara penal do Brasil forem travadas à margem do campo jurídico e suas balizas, a própria JR permanecerá marginalizada. O preço desse diálogo, entretanto, pode ser a própria aniquilação dos pressupostos emancipadores que sustentam a JR, a fim de que ela seja apenas mais uma ferramenta para legitimar o poder.

Para Foucault o direito opera para fixar a legitimidade do poder central que se organiza a partir do Estado e essa fixação é feita pelo ocultamento da dominação exercida por esse poder e por normas que tratam dos deveres de obediência³⁴. Considerar essa perspectiva é relevante quando o assunto é a aproximação da JR com o sistema penal, pois ela evidencia os riscos inerentes a tal movimento. Se o pesquisador deseja apresentar algo mais significativo do que um ode à JR, ou evitar entregá-la de bandeja para desmanche, é fundamental ter consciência de que a máquina estatal penal forjou-se pela negação da maioria dos princípios restaurativos e pelo afastamento da vítima e do autor da ofensa da gestão do conflito. Essa negação ainda é sustentada por narrativas e discursos presentes até os dias de hoje.

A instrumentalização da história por uma narrativa da continuidade, por exemplo, é um estilo discursivo também usado para defender o modelo estatal de gestão de conflitos. Trata-se de um tipo discurso muito útil no campo jurídico, que pode servir tanto para explicar e legitimar os fundamentos do poder, narrando a história dos vencedores³⁵, como para narrar a sequência de injustiças sofridas pelos vencidos.

O discurso histórico, especialmente o anacrônico e linear, imprime certa atemporalidade a institutos de poder como o direito penal permitindo que o presente seja julgado por algo mais forte que ele: a norma³⁶. Nesse sentido, é importante lembrar que há narrativas envolvendo tanto o processo penal como a JR e investigar aspectos dessas narrativas é relevante para a compreensão de ambos esses objetos de estudo e os contextos de sua interação. Enquanto as narrativas atreladas ao processo penal estão vinculadas, em sua maioria, à glorificação do Estado de Direito e das garantias processuais fundamentais, a JR está ligada a narrativas que criticam a centralização de poder pelo Estado e a apropriação dos conflitos humanos pelo sistema judicial. Essas narrativas restaurativistas são as narrativas daqueles deixados de lado pelo Estado no modelo processual judicial, como as vítimas de crimes e os pertencentes a tradições comunitárias de gerencialmente de conflitos.

³⁴ FOUCAULT, Michel. *Em defesa da Sociedade...* Op. cit., p. 30-32.

³⁵ FOUCAULT, Michel. *Em defesa da Sociedade...* Op. cit., p. 76-80.

³⁶ FOUCAULT, Michel. *Em defesa da Sociedade...* Op. cit., p. 76-82.

Essa divergência de narrativas fica evidente quando se aborda a história do sistema do penal, que se vincula diretamente com o tema da apropriação estatal do conflito. Essa temática foi tratada André Ribeiro Giamberardino tendo como hipótese o que o autor chamou de “equívoco historiográfico na vinculação entre a afluência da punição com a ideia de vingança privada e com a presença da vítima no processo criminal”³⁷. Baseando-se em autores como Pierre Bourdieu, Nils Christie e Mario Sbriccoli, Giamberardino partiu do pressuposto de que inexistia uma verdade histórica e que, como defende Hespanha, “o rigor histórico reside mais em uma coerência interna do discurso do que na descrição de uma realidade passada”.

Ato contínuo, o autor apontou que os discursos que associam a humanização da punição com a pena de prisão e com o monopólio da violência pelo Estado moderno estão enviesados por vertentes utilitaristas que confundem o retributivismo com vingança e vinculam o desejo de vingança à vítima do crime. Ao resumir o propósito de sua análise, Giamberardino pontuou que:

O ponto central aqui é que a adoção da perspectiva utilitarista no estudo e na justificação da punição moderna acabou por produzir distorções e obscuridades que podem ser questionadas do ponto de vista histórico. O estudo da história das penas e das transformações políticas do período absolutista e moderno indica que o suplício e as penas infamantes e corporais estão ligados à gradual concentração do poder político e à ressignificação da questão criminal como ação política, e não à participação da vítima ou a sentimentos de vingança privada. Por fim, **perceber tais equívocos é fundamental para que possamos vislumbrar, no futuro próximo, a criação de espaços de interação racional e mediada entre ofensores e ofendidos, passo crucial para a construção de novas práticas de censura e paradigmas punitivos realmente menos violentos**³⁸.

A história do direito penal está vinculada aos rituais por meios dos quais se legitimava ou não a aplicação de punições e censuras públicas a quem cometesse comportamentos que lesassem outrem e/ou afrontassem os valores coletivos de um modo a colocar em risco a coesão social. Partindo dessa premissa, é interessante notar como muitos manuais que versam sobre direito e processo penal iniciam com capítulos intitulados “a evolução do direito penal e as escolas penais”. Esses mesmos manuais descrevem linearmente como o ser humano abdicou métodos “irracionais” e “cruéis” de responder a conflitos para abraçar o “humanitário” sistema penal estatal que é associado aos ideais

³⁷ GIAMBERARDINO, André R. O confisco do conflito na historiografia penal. **Redes R. Eletr. Dir. Soc.**, Canoas, v. 6, n. 2, p. 23-39, set. 2018, p. 23.

³⁸ GIAMBERARDINO, André R. O confisco do conflito na historiografia penal... Op. cit., p. 24-25.

iluministas relativos ao antropocentrismo e ao conceito (hobbesiano) de contrato social como forma de superar um estado de insegurança rumo à convivência harmônica.

No pouco espaço que os manuais se dedicam a apresentar explicações históricas para a formação do sistema de justiça criminal estatal, poderia ser mais pedagógico oferecer enfoque às condições que a favoreceram, especialmente no Brasil, do que se embasar em metáforas como o contrato social e preconceitos em relação aos sistemas não estatais de gerenciamento de conflitos. As narrativas históricas lineares não apenas denigrem o “não estatal” como também restringem seu conteúdo à celebração do Estado, como se tudo que existiu apenas tivesse sentido para resultar na consolidação dele. Esse olhar dificulta a interpretação das complexas questões antropológicas que separam a vingança das formas pacíficas de transformação de conflitos, afinal, a autocomposição associada a meios comunitários depende do compartilhamento de poder e do adotar de uma lógica coletivista, sem implicar necessariamente em violência ou irracionalidade³⁹. Nesse sentido, o antropólogo Pierre Clastres observou que as comunidades sem estado não são inferiores, mas sim adaptadas às suas próprias necessidades e contextos⁴⁰.

Com a mesma cautela, o historiador italiano Mario Sbriccoli chamou a atenção para o fato de que o desenvolvimento da justiça penal europeu não corresponde historicamente a um esquema de constante progresso rumo à civilização atual, pois ele já sofreu crises, regressões a perfis mais violentos e serviu de base para a ascensão de projetos tirânicos. Mesmo assim, a narrativa linear usualmente representada nos manuais usa como base o seguinte esquema didático: **(i)** período da autotutela, chamada pejorativamente de “vingança privada”⁴¹; **(ii)** época da “vingança divina”, em que o poder para prever a punição seria encargo das autoridades religiosas e aplicado sob o pretexto de que os deuses foram desagradados e de que a expiação do mal pelo castigo era necessária à preservação da paz entre o coletivo e o transcendente⁴²; **(iii)** período da “vingança pública”, fase na qual

³⁹ GIAMBERARDINO, André R. O confisco do conflito na historiografia penal... Op. cit., p. 28-29.

⁴⁰ CLASTRES, Pierre. **A sociedade contra o Estado**: pesquisas de antropologia política. São Paulo: Cosac & Naify, 2003, p. 267.

⁴¹ Na visão de Nucci, a dita “vingança privada” equivale a uma reação descentralizada e desproporcional aos atos criminosos que favorecia a violência cíclica e fragilizava os vínculos sociais, de modo que a necessidade de superação dessas questões favoreceu a centralização do poder em autoridades religiosas, dando origem a “relações totêmicas” e posteriormente em lideranças comunitárias que aplicavam a punição em nome do coletivo, fazendo cessar as contínuas reações individuais à violência. Em: NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 13ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 11-12.

⁴² Noronha, Greco e César Dario Mariano da Silva situam a vingança divina como posterior à vingança privada e anterior à vingança pública, apresentando o Código de Hamurabi como um marco de transição entre a primeira e segunda fase. Segundo esses autores, o Código de Hamurabi, por meio do chamado “talião material”, teria instituído a proporcionalidade plena entre dano do crime e a punição retratada na máxima: “olho por olho, dente por dente”. Em: SILVA, César Dario Mariano da. **Manual de Direito Penal**: Volume I.

a narrativa adotada descreve como aquela em que a gestão do poder punitivo fica ao arbítrio do soberano (monarca) e seus representantes, que aplicariam, como regra, penas cruéis, a exemplo da morte na fogueira, mutilações e outros castigos físicos⁴³; (iv) por fim, remete ao período “humanitário”, que se inicia com a difusão dos ideais iluministas e da consolidação do Estado moderno, em que passaram a vigor os princípios da proporcionalidade, da legalidade e da privação de liberdade e tornou-se regra a profissionalização dos gestores de conflito, havendo a tendência de uniformização das penas na forma da privação de liberdade e a abolição dos castigos corporais⁴⁴.

Essa cisão dogmática está presente nos manuais brasileiros desde os tempos de Tobias Barreto, o qual, influenciado pelas perspectivas darwinistas de Haeckel e pelo naturalismo jurídico de Albert Herman Post, afirmou que:

Todo o direito penal positivo, como já tive a ocasião de dizer, atravessa naturalmente os seguintes estádios: primeiro, domina o princípio da vindicta privada, a cujo lado também se faz valer, conforme o caráter nacional ou etnológico, a expiação religiosa; depois, como fase transitória, aparece a compositio, a acomodação daquela vingança por meio da multa pecuniária; e logo após um sistema misto de direito penal público e privado; finalmente, vem o domínio do direito social de punir, estabelece-se o princípio da punição pública⁴⁵.

Barreto ainda concluiu que, como o direito penal, qualquer formação social traz em si todas as “fases” do seu desenvolvimento, sendo a queixa-crime, por exemplo, um

9ª ed., Curitiba: Juruá, 2013, p.17-20. GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 20ª ed. Niterói: Impetus, 2018, p. 17. NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal: volume 1**. 37ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 21. No Código de Hamurabi também era prevista a possibilidade de indenizações (“talião simbólico”) como resposta ao crime, especialmente quando a ofensa era praticada por um indivíduo de classe social “superior” contra outro de categoria inferior. O capítulo XII do Código de Hamurabi, que prevê espécies de delitos e suas sanções, estipulava indenização como sanções para determinados crimes cometidos por sujeitos de determinadas castas em face de outros sujeitos de castas iguais ou distintas, por exemplo: o art. 201 estipula “*Se ele (alguém) partiu os dentes de um liberto deverá pagar um terço de mina*”, ou seja, o escravo liberto teria não teria o direito de ver seu agressor sofrer a mesma agressão que ele. No art. 204, previu-se: *Se um liberto espanca um liberto, deverá pagar dez siclos*. O art. 206 então traz uma ideia de gradação de culpa e trabalha com uma noção de composição em espécie: “*Se alguém bate um outro em rixa e lhe faz uma ferida, ele deverá jurar: “eu não o bati de propósito”, e pagar o médico*”. Resta evidente, portanto, que tanto a composição pecuniária quanto as penas corporais, previstas, por exemplo, nos arts. 196 e 197, que preveem o dente por dente, osso por osso, conviviam no mesmo contexto, sendo aplicáveis, entretanto, em situações distintas e para sujeitos com qualificações sociais distintas. Em: RABI, Khammu. **Código de Hamurabi**. Cultura Brasileira, Publicações LCC Eletrônicas. Disponível em: <http://www.cpihts.com/PDF/C%C3%B3digo%20hamurabi.pdf>. Acesso em 25 de jan. de 2019

⁴³ SILVA, César Dario Mariano da. **Manual de Direito Penal...** Op. Cit., p. 21. Greco apontou que a “vingança pública” representou uma “melhor organização social”, como forma de proteção e segurança do Estado e do soberano, mas mediante a imposição de penas cruéis. GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal...** Op. cit., p. 18.

⁴⁴ SILVA, César Dario Mariano da. **Manual de Direito Penal...** Op. cit., p. 23-24.

⁴⁵ Tal divisão, por exemplo, é exposta nos manuais referenciados nas notas de rodapé anteriores e abordada em um capítulo introdutório cujo título remete à “evolução do direito penal.

⁴⁶ BARRETO, Tobias. **Estudos de Direito**. Campinas: Bookseller, 2000, p. 186.

resquício da vingança privada, que para o autor é a maneira mais primitiva de reagir ao delito. Sobre essa forma de se pensar a história, Mario Sbriccoli expôs que a história do direito penal pode ser entendida tanto como um fluxo de superação da vingança pelo processo civilizatório, quanto como desenvolvimento de um aparato de proteção de garantias do acusado contra arbitrariedades. Ambas as opções, entretanto, imprimem na história uma lógica que pertence ao presente, valorizando a função dos sistemas vigentes como defesas jurídicas das pessoas e da sociedade. Essas de narrativas revelam também que a autoridade dos juristas depende em grande parte da estabilidade do modelo estatal, o que explica a aliança entre operadores do direito e esse sistema⁴⁷.

Assim, a formação do pensamento acadêmico vai na direção da defesa de um sistema de justiça penal cuja gestão permanece nas mãos de experts. Dessa maneira, a participação ou influência de leigos, ainda que diretamente interessados nos casos, é vista como uma ameaça ao caráter racional e previsível (segurança jurídica) que esse sistema declara adotar. Isso colabora para a difusão de uma mentalidade que ignora ou rejeita perspectivas que partem de premissas diferentes, como a JR, afinal, o sistema de justiça instaurado é apresentado como superior. Nessa linha, tal produção discursiva não parece ser aleatória, mas “selecionada, organizada e distribuída”⁴⁸ para aclamar e preservar a centralização do poder no Estado.

Hespanha já alertou que o uso da heurística da história para fins jurídicos é uma artimanha discursiva recorrente. Apesar disso, a história, enquanto disciplina, se propõe a funcionar como um instrumento de crítica que revela o caráter situado dos paradigmas políticos e jurídicos atualmente dominantes (estatismo e legalismo) e de heurística, sugerindo modelos alternativos de viver o direito e relacioná-lo com outras tecnologias disciplinares⁴⁹.

Mesmo hoje há uma série de exemplos de comunidades, especialmente no Brasil, que possuem um estilo particular de promover a justiça, avizinando-se ou afastando-se do modelo estatal, mas operando nas margens dele⁵⁰. A título de exemplo, a tribo nativa Xukuru do Ororubá, localizada entre os municípios de Pesqueira e Poção, no Estado de Pernambuco, desenvolveu seu próprio sistema de gestão de conflitos por meio de uma

⁴⁷ SBRICCOLI, Mario. *Storia del Diritto Penale e della giustizia*: Tomo I. Milano: Giuffrè Editore, 2009, p. 3-4, 49.

⁴⁸ FOUCAULT, Michel. *A ordem do discurso*. 3ªed. São Paulo: Edições Loyola, 1996, p. 7-9.

⁴⁹ HESPANHA, António. *Lei e Justiça*: história e prospectiva de um paradigma. Em: HESPANHA, António. *Justiça e Litigiosidade*: história e prospectiva. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 5-50, 1993, p. 7-8.

⁵⁰ Sobre o tema ver: SANTOS, Boaventura de Sousa. *O Discurso e o Poder*: Ensaio sobre a Sociologia da Retórica Jurídica. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988.

Comissão Interna e um Conselho de Lideranças composto por líderes tribais que conhecem os costumes do coletivo. A comissão, ainda que tenha um poder importante, pauta suas decisões na perspectiva comunitária e também nas narrativas dos familiares dos conflitantes. Esse sistema foi desenvolvido porque a tribo não se sentia devidamente representada pela justiça estatal e pelo fato de que recorrer às delegacias gerava mais tensão coletiva do que apaziguamento⁵¹.

É possível observar, portanto, que o disciplinamento da história por regras de produção discursiva voltadas à aclamação da lei e do Estado⁵² oculta a coexistência entre tal sistema e formas locais de justiça, fazendo-as parecer inferiores, irrelevantes ou dignas de supressão. Conceber a referida divisão didática como um reflexo fiel do passado é cair na armadilha dos metarrelatos especulativos⁵³ e concretizar imputações de ausência⁵⁴ que podem contribuir com a difusão de perspectivas anacrônicas e provincialistas. A violência simbólica promovida por esse tipo de leitura é ainda agravada pelo fato das referências adotadas nessas narrativas lineares serem vinculadas ao contexto europeu, de modo que as particularidades da formação do sistema penal brasileiro são paradoxalmente ignoradas em alguns manuais destinados a tratar de direito penal brasileiro.

⁵¹ LÔBO, Sandro Henrique Calheiros. Resolvendo seus próprios conflitos: a construção do sistema de justiça indígena Xukuru de Ororubá. **Revista de Estudos e Investigações Antropológicas do Programa de Pós-Graduação em Antropologia da Universidade Federal de Pernambuco**, Recife, v. especial II, p. 134-160, p. 145-155.

⁵² FOUCAULT, Michel. **A ordem do discurso...** Op. cit., p. 44.

⁵³ Jean François Lyotard, afirmou que ciência mantém um discurso de legitimação que recorre a narrativas, designadas de metanarrativas, ou metarelato, cuja finalidade é fundamentar, a partir de uma descrição direcionada, uma narrativa especulativa acerca do progresso humano universal em direção a uma verdade absoluta pelo acúmulo do conhecimento. Nesse sentido, em relação a uma perspectiva histórica, a modernidade, criação europeia, expressaria uma leitura histórica tendo como base a visão eurocêntrica colonizadora e desenvolvimentista. Tal concepção, por sua vez, apontaria que o homem está direcionado a evoluir em determinado sentido e que o ponto de referência do progresso é a civilização ocidental europeia, enquanto as demais civilizações e comunidades apenas representariam, como também aponta Roberto Kant de Lima, “um vir a ser do que a nação Europeia já é”. Tal falso evolucionismo estruturou a história linearmente, bem como o progresso e o desenvolvimento cultural. Em: NASCIMENTO, João Paulo Costa. **Abordagens do pós-moderno em música: a incredulidade nas metanarrativas e o saber musical contemporâneo**. São Paulo: Editora UNESP; São Paulo: Cultura Acadêmica, 2011, p. 26, 39, 41 e LIMA, Roberto Kant de. **Ensaio de Antropologia e de Direito: Acesso à Justiça e Processos Institucionais de Administração de Conflitos e Produção da Verdade Jurídica em uma Perspectiva Comparada**. Rio de Janeiro: 2ª tiragem, Editora Lumen Juris, 2009, p. 7.

⁵⁴ Segundo Pierre Clastres existe uma relação arbitrária do estado de civilização com a civilização do Estado, a partir da qual as sociedades arcaicas são determinadas de maneira negativa, sob o critério da falta (imputação de ausência): sociedades sem Estado, sociedades sem escrita, sociedades sem história. A referência, a unidade de mensura do estranho é o nosso próprio mundo Em: CLASTRES, Pierre. **A sociedade contra o Estado: pesquisas de antropologia política**. São Paulo: Cosac & Naify, 2003, p. 208 e LAPLANTINE, François. Op. cit., p. 37. Roberto Kant de Lima, por sua vez, relembra que o “estranhamento do familiar é um processo doloroso e esquizofrênico a que certamente não estão habituados as pessoas que se movem no terreno das certezas e dos valores absolutos”, ou seja, a reflexão se dá no sentido de que o contexto no qual se vive é tomado como o único admissível, sendo os contextos estranhos a estes analisados sobre a moldura da realidade de quem analisa, buscando-se no outro as categorias atinentes a si, ou imputando-lhe a ausência destas. Em: LIMA, Roberto Kant de. **Ensaio de Antropologia e de Direito...** Op. Cit., p. 2, 8 e 13.

E por que isso se relaciona com a JR? Pois, afinal de contas, os profissionais e pensadores formados em uma perspectiva que enaltece a centralização do poder e a aplicação verticalizada da justiça terão mais dificuldade e menos disposição para compreender propostas dialógicas como a JR. Por esses motivos, olhar para além desse modelo verticalizado de justiça, sem perder de vista a história e o contexto brasileiros parecem ser movimentos de grande importância, especialmente no ensino jurídico-penal, para se (re)pensar o desenvolvimento de uma JR brasileira.

Estudar história e antropologia com atenção e respeito a realidades diferentes possibilita identificar e pensar outros contextos para além do nosso. Fazer isso demonstra também o caráter circunstancial do sistema de justiça vigente, provando que ele pode mudar. Essas reflexões descontínuas, focadas em experiências locais auxiliam, portanto, a descortinar o efeito inibidor das teorias totalitárias abarcadas pelo discurso científico⁵⁵ e nos permitem pensar “fora da caixa”.

1.2 Revendo a inevitabilidade do sistema de justiça criminal estatal a partir de perspectivas comunitárias e dialógicas de reação aos conflitos

O ponto de partida deste subcapítulo é que nas Américas, na Oceania e na África a consolidação do Estado não foi um processo espontâneo, mas sim influenciado pelas colonizações europeias. Nesses locais, antes das invasões pelos brancos, haviam predominantemente comunidades tribais, com diferentes tradições e modos de gerenciar conflitos. Nesse sentido, podemos começar a questionar a visão do sistema de justiça criminal judicial, umbilicalmente atrelado ao Estado, como expressão de um modelo historicamente inevitável e intransponível na contemporaneidade, a partir da maior compreensão do funcionamento e contextos vinculados aos modelos comunitários de justiça, cuja essência um muito influenciou os princípios norteadores da JR e das técnicas autocompositivas associadas a ela.

Os estudos e discursos jurídicos brasileiros confundem a centralização da gestão da justiça penal pelo Estado com o absoluto afastamento das pessoas envolvidas no caso penal. Isso é ainda agravado pelas influências de uma historiografia de matriz europeia, que glorifica Estado e seu sistema de justiça penal, vinculado o afastamento da vítima e a processualização da gestão como expoentes evolucionários em relação à justiça comunitária

⁵⁵ FOUCAULT, Michel. **Em defesa da Sociedade...** Op. Cit., p. 197-198.

e seus princípios, vistos como arcaicos. Do outro lado há o fascínio pelo diferente, usualmente impulsionado pela descrença na efetividade do direito estatal⁵⁶, e que vislumbra o desmantelamento estatal como solução para os males da humanidade.

Enquanto a primeira perspectiva pode causar a defesa inconsequente de manutenção do *status quo*, pela rejeição do diferente, a segunda tende a garantir a continuidade do que está posto pela ingenuidade em desconsiderar que a importação de práticas desenvolvidas outras realidades dificilmente levará aos mesmos resultados dos contextos originais. Buscar um possível meio termo seria considerar as experiências locais e comunitárias para problematizar a narrativa de universalidade e inevitabilidade do sistema de justiça criminal estatal atual, para se (re)pensar outras formas de conceber o crime, e os papéis da vítima, do autor do crime e da comunidade na construção da resposta ao conflito humano qualificado como caso penal. Considerando ainda os efeitos nocivos sociais nocivos que esse sistema vem promovendo em nossa democracia, esse esforço parece ser legítimo e necessário.

Algumas das justificativas mais recorrentes para a preservação do processo penal e do atual sistema de justiça criminal são a necessidade de assegurar a responsabilização dos autores de crimes, a importância de garantir que essa responsabilização respeite limites estipulados na lei e a contenção do ciclo de violência que poderia ser instaurado caso essa responsabilização ficasse a encargo de particulares. Trata-se de um argumento pautado principalmente na ideia de segurança social e individual quanto à previsibilidade de um modelo de conduta a ser seguido, bem como na proporcionalidade e na isonomia em relação ao tratamento institucional ofertado para situações tidas como equivalentes. Esses são alguns motivos pelos quais se rejeita a autotutela e a autocomposição como formas de reagir ao crime.

Ressalta-se, todavia, que ante a vasta gama de situações conflituosas não abarcadas pelo ordenamento jurídico e não submetidas às instituições, é seguro afirmar que a maioria dos impasses entre indivíduos, inclusive os de natureza criminal, é solucionada por meio da autotutela. Portanto, a participação direta de conflitantes na formulação de soluções a seus embates não implica, por si só, no uso da violência. A autotutela pode resultar, por exemplo, em uma composição, como um pedido de desculpas, sem a intervenção de qualquer especialista jurídico.

O receio institucional quanto à autotutela⁵⁷ está associado principalmente ao seu alto grau de imprevisibilidade, que é avesso à racionalidade jurídica. Saber o que esperar do

⁵⁶ LAPLANTINE, François. **Aprender Antropologia**. São Paulo, 1ª ed., 15ª reimpressão, Editora Brasiliense, 2003, p. 26.

outro é muito importante para a convivência harmônica e para a formação de uma coletividade, afinal o ser humano constitui sua identidade a partir de interações e só se assemelha, ou se diferencia, em um espaço de relacionamentos delimitado por expectativas sólidas⁵⁸. Se as pessoas não possuem expectativas conciliáveis isso inviabiliza associações perenes, pois a união, que deveria trazer segurança, traz risco e receio.

A união das pessoas em coletivos possibilitou a sobrevivência humana em face dos diversos tipos de adversidades. A agregação e a cooperação, portanto, parecem ser mais naturais do que o estado caótico e individualista que geralmente se apresenta como resultado da ausência de Estado e deu um sistema de justiça criminal pautado na centralização de poder e na aplicação de penas severas. Esse tipo de raciocínio vem da percepção individualista de que, analogamente, a comunidade é a soma de indivíduos e que o indivíduo em si precede a comunidade.

Em diversas perspectivas tribais, comunidade e indivíduo não são entendidos separadamente, pois a comunidade nutre e confere identidade, de modo que o sujeito não consegue conceber a si mesmo fora do contexto comunal. A comunidade, diferentemente da sociedade contemporânea, não é divisível e tampouco fruto de um contrato social: ela é vista como uma ordem relacional natural.

Peter Morton encara a comunidade como uma associação cujas características essenciais residem na homogeneidade nuclear de valores, expectativas, semelhança entre objetivos individuais e desenvolvimento espontâneo de costumes, de tal maneira que a distância entre o prescritivo e o descritivo é pequena⁵⁹.

O prescritivo está aliado aos costumes, e a comunidade é maior do que as lideranças tribais, que não são equivalentes às autoridades de hoje. Sobre esse tema, Pierre Clastres, ao estudar as tribos ameríndias do Norte e do Sul, ressaltou que o “chefe tribal” não dispunha de autoridade, e que não havia dever de obediência para com ele. A força da identidade coletiva, segundo o autor, era superior às aspirações individuais, por isso o chefe é um instrumento circunstancial da tribo, utilizado para a solução de problemas e para salvaguardar o bem-estar do grupo⁶⁰.

⁵⁷ A autotutela exercida pela violência, fora do contexto de legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento do dever legal ou exercício regular de direito, é inclusive tipificada como crime de “exercício arbitrário das próprias razões” (art. 345 do Código Penal).

⁵⁸ FERREIRA, Maria Clotilde Rossetti; AMORIM, Katia de Souza; SILVA, Ana Paula Soares da. **Rede de Significações**: alguns conceitos básicos. Em: FERREIRA, Maria Clotilde Rossetti; AMORIM, Katia de Souza; SILVA, Ana Paula Soares da; CARVALHO, Ana Maria Almeida. **Rede de Significações e o Estudo do Desenvolvimento Humano**. Porto Alegre: Artmed, p. 23-33, 2004, p. 25.

⁵⁹ MORTON, Peter. **An Institutional Theory of Law...** Op. cit., p. 13-14.

⁶⁰ CLASTRES, Pierre. **A sociedade contra o Estado...** Op. cit., p. 222, 226.

Ser chefe, nas tribos estudadas por Clastres, era o ônus de atuar como conciliador interno e externo, podendo falar em nome do coletivo sem que sua palavra não fosse lei. Qualquer poder que o chefe possuía vinha de seu prestígio e de sua habilidade em sanar embates. Se a palavra apaziguadora do chefe não bastasse, ele perderia esse prestígio e sua posição. Se usasse da violência para responder a questões internas, enfraqueceria a coesão comunal e deixaria de ser chefe. Ante o respeito à perícia dos chefes guerreiros, Clastres apontou que as expedições militares seriam as únicas ocasiões nas quais os líderes exerciam autoridade de fato, pois a tribo precisava de disciplina para guerrear⁶¹.

Nessas comunidades, diante do pequeno contingente, a interação entre seus membros é constante. Assim, um problema que afeta um membro tem maior potencial para afetar a comunidade toda⁶². Mais além, a ameaça de outros grupos ou intempéries naturais evidenciava a união como um requisito para a sobrevivência, e por isso a força coletiva residia essencialmente no contingente e na coesão comunal.

Robert Shirley, tomando como referência os esquimós, afirmou que a maioria das “sociedades sem Estado” desenvolveu sanções mais leves para advertir seus infratores antes da tomada de medidas severas, como ostracismo ou a execução⁶³, que simbolicamente são equivalentes, pois a separação da comunidade é a morte da identidade. Apesar de possíveis, se o banimento ou a pena capital fossem recorrentes, como faz inferir a narrativa histórica de celebração do Estado, as tribos perderiam força, ameaçando sua própria sobrevivência. Outra consequência relevante da interação constante é o reconhecimento mútuo entre os componentes tribais como sendo “um”, o que também dificultava a admissão e a instigação de punições severas contra os semelhantes.

Um exemplo conterrâneo era o arranjo das tribos tupis brasileiras durante a época da colonização. Sobre o tema, o historiador Florestan Fernandes pesquisou que as tribos tupis se dividiam em aldeias com 200 a 800 pessoas, que viviam em um estado de cooperação e compartilhamento de recursos principalmente em razão de seus laços culturais e laços de parentesco⁶⁴. Assim, os integrantes das tribos possuíam parentesco próximo ou distante, havendo casamentos entre tios, sobrinhas e primos. Era justamente esse parentesco que diferenciava um grupo do outro. Somado a isso, o reduzido espaço interativo comum, concentrado nas malocas, promovia o compartilhamento entre as esferas particular e

⁶¹ CLASTRES, Pierre. **A sociedade contra o Estado...** Op. cit., p. 223-225.

⁶² SHIRLEY, Robert Weaver. **Antropologia Jurídica**. São Paulo: Editora Saraiva, 1987, p. 40.

⁶³ SHIRLEY, Robert Weaver. **Antropologia Jurídica...** Op. cit., p. 40.

⁶⁴ FERNANDES, Florestan. **Antecedentes indígenas: organização social das tribos tupis**. Coord. HOLANDA, Sérgio Buarque de. **História Geral da Civilização Brasileira: do descobrimento a expansão territorial**. Editora Betrand Brasil Ltda., Tomo I, A Época Colonial, v. 1, p. 83-99, 2007, p. 83-89.

pública, de maneira que não havia segredos entre as pessoas. Além, disso as expectativas sociais eram engessadas pelas tradições, o que trazia ainda mais segurança. Portanto, o vínculo de parentesco e a constante interação favorecia um elo vicinal de interdependência entre os tupis.

Esse estilo comunitário de vida e a natureza consanguínea dos vínculos afeta o sistema de gestão de conflitos entre os tupis, que trabalhavam suas desavenças internas primeiramente a partir de reparações, frutos de autocomposição e, em última instância, com violência. Florestan Fernandes aponta que é o enfraquecimento dessa proximidade interativa e a diluição dos laços de parentes, por meio crescimento demográfico de grupos locais, que criava condições para a ocorrência de conflitos⁶⁵. Para sanar essas questões, e evitar a corrosão da solidariedade tribal quando os acordos não se mostravam suficientes, redistribuí-a a população em novas malocas ou mesmo aldeias,

O entendimento de alguns requisitos para a existência da organização tribal tupi permite esclarecer que esse sistema não se desenvolveu e provavelmente não se desenvolveria para o modelo estatal. A predominância atual do modelo estatal, portanto, não significa que ele é superior a qualquer outro sistema, e que tampouco é superior a sua forma centralizada e punitiva de promover a justiça. Nessa linha, o modo de vida dos tupis sobreviveu ao contato com os invasores brancos enquanto essa interação se restringia ao escambo, à exploração de áreas nas quais os índios não residiam e também pelo fato de que os brancos dependiam do auxílio dos índios para se alimentar e se proteger. Muitos brancos, inclusive, passaram a viver com os índios, sendo incluídos em sua cultura por meio do casamento e até assimilando costumes como participar em rituais antropofágicos⁶⁶.

Foi a partir de 1533 que esse tipo de interação foi modificada, com a adoção dos portugueses do regime das donatarias e com a criação posterior de um governo-geral, com a intenção de transplantar o modo de vida europeu ao Brasil. O fato de viverem a mercê dos índios e inseguros sobre sua própria subsistência, fez com que os portugueses substituíssem o escambo pela agricultura, e para se plantar era necessário a terra e mão-de-obra. Para tanto, os brancos, passaram a guerrear com os índios para expropriar suas terras e usar a força nativa para explorar a terra. Somado a isso, os jesuítas foram sendo inseridos nas comunidades indígenas e buscavam desconstruir as referências tradicionais por pressupostos cristãos, o que afetou a organização dos índios, enfraquecendo a influência do

⁶⁵ FERNANDES, Florestan. **Antecedentes indígenas...** Op. cit., p. 86.

⁶⁶ FERNANDES, Florestan. **Antecedentes indígenas...** Op. cit., p. 94.

xamanismo, da antropofagia e da poligamia, que faziam parte da cultura nativa, e incentivando um processo de destribalização⁶⁷.

Em termos de reação à dominação europeia, os índios contra-atacaram de modo fragmentado, pois o funcionamento das tribos, baseado no parentesco, inviabilizava alianças supratribais, que seriam necessárias para fazer frente ao poderio dos invasores⁶⁸. A submissão ou a migração para outros locais, como menos recursos, foram também outras maneiras de reação dos nativos ao inimigo, mas ambas contribuíram para a degradação contínua do seu estilo de vida onde o isolamento foi sendo perturbado.

Sobre as implicações da necessidade de preservação do contingente comunitário é importante colocar que o funcionamento das tribos depende umbilicalmente do cumprimento do papel comunal de cada sujeito. Nesse contexto, o grau de relevância de cada pessoa é maior do que na populosa sociedade em que vivemos, pois ali há dependência direta entre os membros da tribo uns dos outros⁶⁹, e não há grande reserva de mão-de-obra. Essas condições colaboram para desmistificar a ideia de que as penas destrutivas eram aplicadas constantemente.

Para ilustrar essa questão, cita-se a tribo Navajo norte-americana, que tradicionalmente fazia uso dos círculos de construção de paz para lidar com controvérsias internas e para responder a práticas equivalentes a crimes⁷⁰. Usada também como prática restaurativa, a construção de paz navajo se baseia na construção dialógica de uma resposta ao conflito através da cura de relacionamentos entre os conflitantes⁷¹.

Tal abordagem tem características únicas, não sendo equivalente a outras práticas circulares. Em primeiro lugar esse ritual é um processo de busca pela verdade não no sentido de reconstrução dos fatos, como no procedimento judicial, mas como uma busca pela compreensão do ato ofensivo e das suas causas. Por meio dessa verdade transformativa, os navajos entendem que a reconexão e a cura relacional se tornam

⁶⁷ FERNANDES, Florestan. **Antecedentes indígenas...** Op. cit., p. 95-97.

⁶⁸ Os laços de parentesco entre membros de um tribo fomentavam rivalidades insuperáveis entre tribos inimigas, pois a guerra deixava mágoas muito mais profundas, uma vez que cada perda ou ato atroz promovido pelo inimigo, era cometido contra uma única grande família. Dessa forma, a cooperação entre tribos para combater o inimigo não foi possível. FERNANDES, Florestan. **Antecedentes indígenas...** Op. cit., p. 97-98.

⁶⁹ SILVA, Mário Edson Passerino Fischer da. **Breves Considerações sobre Questões Conceituais, Origens e a Institucionalização da Justiça Restaurativa no Brasil:** Entre uma redefinição de justiça, cidadania e a democratização das Instituições. Ponta Grossa: Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais Aplicadas da UEPG, Anais da Jornada de Estudos e Pesquisa Sobre Justiça Restaurativa, fl. 23-34, 2016, p. 28.

⁷⁰ FENNEY, Alethia Z. **Navajo Peacemaking and Maori Restorative Justice: a comparison of process and procedure...** Op. cit., p. 1.

⁷¹ GROSS, Eric Kenneth. **An Evaluation/Assessment of Navajo Peacemaking.** Washington: U.S. Department of Justice, 2001, p. 5.

possíveis, pois ela remove a negação e o obscurecimento das responsabilidades que precisam ser compartilhadas para o conflito seja superado e a harmonia dos relacionamentos prevaleça⁷².

Em segundo lugar, Eric Jenneth Gross aponta que os promotores da paz (*peacemakers*) navajos não são facilitadores imparciais e que a palavra para designá-los (*naat'áanii*) significa uma combinação de líder, professor e curandeiro (*healer*). O propósito do *naat'áanii*, portanto, é ser uma espécie de guia que gentilmente lidera os conflitantes na direção da transformação curativa e da catarse emocional. A partir do seu trabalho, busca-se que todos possam compreender as causas e consequências do conflito e se reconectem como os valores comunitários de harmonia. Esses facilitadores, portanto, não são mediadores, mas partes da disputa, representando o elo entre os conflitantes e as tradições, atuando persuasivamente para demonstrar aos participantes a sua identidade comum enquanto navajos⁷³. Para tanto, o *naat'áanii* faz uso de orações, esclarecimentos de valores comunitários e narra histórias místicas que explicariam o modo de vida da tribo a fim de ilustrar a convergência da ancestralidade entre os embatentes⁷⁴.

Os conflitantes possuem especial relevância nos momentos de expressão e diálogo e, considerando os objetivos de cura relacional, a evidência dos fatos é secundária aos resultados dos processos dialógicos⁷⁵. Assim sendo, apesar de existirem balizas para uma resposta adequada ao caso, não há critérios de proporcionalidade em abstrato para a proposta uma censura ou restituição. Os navajos não possuem regras universais e intransigíveis para governar a gestão de conflitos, pois consideram o “normal” como um conceito inútil que empobrece a riqueza da diferença e vai de encontro à diversidade que se encontra na natureza⁷⁶. O importante não é a uniformidade, mas a harmonia entre as diferenças manifestadas na comunidade.

⁷² GROSS, Eric Kenneth. *An Evaluation/Assessment of Navajo Peacemaking...* Op. cit., p. 8-9.

⁷³ GROSS, Eric Kenneth. *An Evaluation/Assessment of Navajo Peacemaking...* Op. cit., p. 5-6.

⁷⁴ NIELSEN, Marianne O. Navajo Nation Courts, Peacemaking and Restorative Justice Issues. *Journal of Legal Pluralism*, n. 44, p. 105-126, 1999, p. 108.

⁷⁵ GROSS, Eric Kenneth. *An Evaluation/Assessment of Navajo Peacemaking...* Op. cit., p. 5.

⁷⁶ Desde cedo o navajo é ensinado sobre a interdependência de todas as coisas e como a harmonia entre a diferença é essencial para manter o equilíbrio e a assegurar a sobrevivência. Seguindo essa linha, a ética dos navajos se embasa no equilíbrio pelo (auto)controle, de modo que o “mau” é aquele que não consegue se controlar e gera ruptura, afastando-se da comunidade e, conseqüentemente, de quem ele é. Essa ética também encontra respaldo na mitologia deste povo, que alude à busca por harmonia, pois, antes do homem chegar à Terra, eles acreditam que ele transitou por outros três mundos buscando se adaptar e encontrar um lar. Durante essas viagens espirituais, os navajos, além de passarem por transformações físicas e se encontrarem com seres dos mais diversos, aprenderam a importância da harmonia e o uso do diálogo como ferramenta básica para a transformação de conflitos. O equilíbrio, a interdependência e o eterno fluxo de transformações são simbolizados pelo círculo, que representa o universo no qual convivem o homem, as pedras, os elementos e os animais. Em: NIELSEN, Marianne O. Navajo Nation Courts, Peacemaking and Restorative Justice

Sobre esse aspecto, Peter Morton, em sua obra “*An Institutional Theory of Law*”, afirmou que no âmbito comunitário, durante a resolução de embates, as normas não são tomadas como premissas, mas estão implícitas nos debates sobre as soluções, uma vez que as regras não possuíam prioridade lógica no discurso⁷⁷. Para o autor, na justiça comunitária, a preocupação essencial, quando o conflito não houvesse rompido irreversivelmente o tecido relacional, era conduta futura dos envolvidos e o reconhecimento de suas responsabilidades para restaurar a harmonia.

Outra abordagem dos navajo para reconectar um ofensor com a comunidade é a técnica do “matar com os olhos”. Marianne Nielsen, explica que tal técnica é uma espécie de envergonhamento (*shame*) na qual um malfeitor é constantemente assistido por membros da comunidade, inclusive enquanto dorme, com olhares de reprovação⁷⁸. A força moral do grupo era então seria usada para convencer as pessoas a colocarem o bem-estar coletivo acima do individual. Nesse sentido, quando alguém cometia uma transgressão que causasse mal aos outros, era comum os navajos afirmarem que o sujeito agia “como se não tivesse parentesco com ninguém”⁷⁹.

O crime, para os navajos, é entendido como uma agressão a pessoas e à harmonia dos relacionamentos comunitários. Ressalta-se, ainda, que os navajos não etiquetam os envolvidos em casos penais como vítimas ou ofensores, pois quando um crime ocorre é um sinal de que o autor também está em desarmonia com a natureza e a comunidade, de modo que cada participante em um processo de cura é considerado, em maior ou menor grau, como vítima. Assim sendo, partindo-se do princípio que tudo está interconectado, ao se fazer mal a alguém, faz-se mal a si mesmo, vitimiza-se a si mesmo. Essa é mais uma razão pela qual a punição por meio da imposição de dor não integra a gestão de conflitos na tribo navajo. Em verdade, a pena é considerada simplista, vingativa e disruptiva para os navajos, motivo pelo qual houve uma forte comoção para que seus costumes fossem respeitados pelo sistema de justiça norte-americano⁸⁰.

Essa ilustração ajuda a compreender que a preservação da coesão tribal e a harmonia entre as pessoas é fundamental para a existência do caráter dialógico da gestão comunitária de conflitos. Nesse contexto, o conflito é entendido como a manifestação de

Issues... Op. cit., p. 105, 108. FENNEY, Alethia Z. **Navajo Peacemaking and Maori Restorative Justice** ... Op. cit., p. 15.

⁷⁷ MORTON, Peter. **An Institutional Theory of Law**... Op. cit., p. 15.

⁷⁸ NIELSEN, Marianne O. Navajo Nation Courts, Peacemaking and Restorative Justice Issues... Op. cit., p.106.

⁷⁹ NIELSEN, Marianne O. Navajo Nation Courts, Peacemaking and Restorative Justice Issues... Op. cit., p.106.

⁸⁰ GROSS, Eric Kenneth. **An Evaluation/Assessment of Navajo Peacemaking**... Op. cit., p. 8.

uma necessidade coletiva de se trabalhar a conexão entre seres humanos, sendo responsabilidade e propriedade não apenas dos conflitantes mas também de toda a comunidade afetada.

Uma justiça tribal comunitária, diferentemente do retrato feito no ensino jurídico-penal, pode ser fundada na alteridade, na restauração e no fortalecimento de vínculos, para recuperar, de maneira mais célere e menos traumática, o tecido relacional afetado pelo crime⁸¹. Essas manifestações restaurativas também se fazem presentes em práticas dos aborígenes canadenses⁸² e de tribos da Nova Zelândia⁸³.

Especificidades como as descritas são relevantes para a compreensão dos vários ambientes nos quais floresceu a justiça comunitária dialógica, que é a fonte de racionalidade da JR. Logicamente, não se pode incorrer na falácia do fascínio e retratar a vida tribal ou comunal como desprovida de adversidades, de organizações hierárquicas, de violência interna ou mesmo os abusos de poder, mas nenhum desses aspectos equivale ao que ocorre na sociedade ocidental.

Em uma tribo do nordeste da Melanésia, por exemplo, Malinowski vislumbrou traços que designou como individualistas e coletivistas. Segundo o antropólogo, nessa tribo havia o reconhecimento da autoridade e dos privilégios do chefe, que legitimava sua posição recorrendo à magia negra. Relacionamentos amorosos entre membros do mesmo coletivo eram encarados como atos dignos de vergonha e justificariam a morte pelo ostracismo, ou pela instigação ao suicídio⁸⁴. Feita essa ressalva, na época da imersão de Malinowski, as pesquisas antropológicas encontravam-se em estado embrionário, portanto, mais sujeitas ao vício por preconceitos, mesmo assim, tal relato é um aviso para se evitar a romantização da convivência comunitária tribal.

Modelos comunitários e dialógicos de justiça, portanto, estavam e ainda estão presentes contextos diversos, de modo que sua análise a partir da ótica legalista da justiça estatal aumenta os riscos de provincialismo e anacronismo, implicando em imputações de ausência que não encontram sentido nestas realidades. Em atenção a isso, é relevante considerar que as configurações e reconfigurações dos agrupamentos humanos diversos dos

⁸¹ GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Crítica da Pena e Justiça Restaurativa: A Censura para além da Punição**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 227.

⁸² PINTO, Renato Sócrates Gomes. **Justiça Restaurativa é possível no Brasil?** Em: SLAKMON, Catherine (Org); VITTO, Renato Campos Pinto de(Org); PINTO, Renato Sócrates Gomes (ORG). **Justiça Restaurativa**. Brasília: PNUD, fls. 19-39, 2005, p. 28.

⁸³ MAXWELL, Gabrielle. **A Justiça Restaurativa na Nova Zelândia**. Em: SLAKMON, Catherine (Org); DE VITTO, Renato Campos Pinto(Org); PINTO, Renato Sócrates Gomes (ORG). **Justiça Restaurativa**. Brasília: PNUD, fls. 279-294, 2005, p. 279.

⁸⁴ MALINOWSKI, Bronislaw. **Crime and Custom in Savage Society...** Op. cit., p. 6, 17, 23, 27.

tribais resultaram em outras abordagens e racionalizações da administração de conflitos adequadas às perspectivas culturais, sociais, políticas e econômicas de seus contextos.

No sistema jurídico vigente, o conflito vinculado ao caso penal é confiscado pelo plano institucional. A compreensão dessa apropriação, que não foi linear, depende da interpretação de alguns eventos históricos que evidenciam a apropriação da gestão do conflito pelo Estado.

A diversidade de lógicas da justiça comunitária e da justiça penal processual-judicial é um fator fundamental para entender os motivos e possíveis impactos da assimilação das práticas restaurativas pelo aparato judicial brasileiro em alguns campos, e a sua rejeição em outros. Além disso, tal diversidade evidencia que, ao entrarem em contato com um sistema normativamente engessado, permeado de autoridades e de lugares de fala delimitados, as práticas restaurativas dificilmente preservarão sua configuração comunitária mais pura.

1.3 Sobre o confisco do conflito pelo Estado Moderno: o que perdemos com isso?

A apropriação estatal da gestão de conflito é um tema comumente debatido pelos estudiosos de JR. O centro do debate é a substituição da figura da vítima pelo ordenamento jurídico a racionalização jurídica dos aspectos subjetivos e materiais do conflito. Essa apropriação também se relaciona com a profissionalização dos gestores de conflitos, que passam a falar em nome das pessoas diretamente envolvidas ou interessadas no resultado da situação. Essa temática é tão relevante para JR, porque, enquanto paradigma, ela parte da noção de crime como uma agressão a pessoas e relacionamentos, tendo como proposta a construção da justiça a partir do exercício comunicativo e cooperativo entre os cidadãos para superar as causas e consequências da prática delituosa. Dessa maneira, a JR tem como mote o resgate do protagonismo da vítima e da comunidade e o respeito à autonomia do autor da ofensa, que deve ser responsabilizado pelos seus atos e reparar o mal causado.

Os exemplos dos embates envolvendo a apropriação do conflito pelo sistema de justiça penal estatal foram oferecidos nos itens anteriores, como o caso da tribo brasileira Xukuru do Ororubá e dos navajos norte-americanos, que tomaram medidas para terem seu sistema comunitário de justiça reconhecido pelo Estado.

O sequestro do conflito está vinculado à formação e consolidação do próprio Estado e de seu sistema penal, adequado à centralização do controle social a partir do cumprimento do ordenamento jurídico. Havendo então a necessidade de promover a regulação da

conduta social para que se cumprisse com o ordenamento jurídico, tratar dialogicamente do conflito humano parecia não ser tão efetivo quanto inculcar medo e disciplina em uma ampla população a fim de que essa assimilasse a imperiosidade de cumprir com a lei. Esse medo seria difundido pela ameaça de uma punição ou, no caso concreto, pelas privações resultantes da sua aplicação.

A formação do sistema de justiça penal estatal e a apropriação estatal do conflito não ocorreram do dia para a noite, e tampouco ocorreram de maneira organizada, sistemática ou uniforme nos diferentes lugares do mundo. Considerando que o Estado Moderno e seu sistema de justiça criminal consolidaram-se primeiro na Europa e posteriormente foram exportados para as colônias, adquirindo feições particulares, vamos abordar brevemente a leitura de Mario Sbriccoli sobre a apropriação estatal do conflito na Itália e, em seguida, contextualizaremos esse ponto com a formação do sistema penal brasileiro, partindo para a leitura da criminologia Nils Christie sobre os malefícios democráticos e sociais do confisco do conflito.

Em primeiro lugar, os estudos de Mario Sbriccoli sobre o desenvolvimento da noção de crime como violação ao soberano apontam que a formação do sistema penal estatal dependeu, em seus primórdios da autocomposição e da justiça negocial. Segundo o historiador italiano, a experiência medieval dos séculos XI e XIII foi marcada pela justiça penal negociada em que “vingança da vítima” era considerada um direito individual de restaurar o equilíbrio pelo dano sofrido. Assim, a concepção de crime como agressão a bens privados estaria ligada, na história europeia, à cultura das tribos germânicas, que faziam intenso uso de institutos dialógicos e negociais para construir respostas aos casos penais⁸⁵.

A ideia de delito como uma ofensa ensejadora de reparação fazia parte da cultura das primeiras comunidades europeias. Nessas realidades a gestão do conflito ocorria em um espaço de possível conciliação entre as ideias de justiça dos conflitantes. A justiça dialógica comunitária era um direito daqueles consorciados com a coletividade, de modo que ela excluía os “vagabundos” e quem se portasse contra os costumes fundantes da identidade coletiva. O autor então apresentou o caráter comunitário da justiça negocial como assentado em quatro fatores: **(i)** a noção de pertencimento, **(ii)** a necessidade de proteção, **(iii)** o consenso em relação aos valores e **(iv)** a oralidade como elemento reitor da construção de respostas⁸⁶.

⁸⁵ SBRICCOLI, Mario. *Storia del Diritto Penale e della giustizia...* Op. cit., p. 4.

⁸⁶ SBRICCOLI, Mario. *Storia del Diritto Penale e della giustizia...* Op. cit., p. 5- 6.

Entre o século XII e XV, a vingança, antes praticada como um direito, entrou em conflito com a lógica constitutiva da comunidade madura, que buscava preservar seu núcleo distintivo. A responsabilização por meio censura, também atingida pela negociação, e radicada na essência do direito penal, é promovida conforme parâmetros estabelecidos pela comunidade. Assim, vislumbra-se que a justiça autocompositiva se tornou cada vez mais incompatível com regimes centralizadores⁸⁷, afinal ela pulverizava o poder decisório e dinamizava os tipos de soluções que poderiam ser ofertadas.

O surgimento das cidades na Itália, por exemplo, ocorreu acompanhado de uma série de formas de resolução de disputas, mas na medida em que se fortaleceram as instituições centralizadoras, que miravam a padronização, rejeitam-se as abordagens dialógicas e informais. No lugar dessas abordagens, adotam-se normativas que ofereciam respostas prontas, determinando-se os casos penais relevantes e as reações institucionais possíveis.

Quando a mera previsão da norma não era suficiente, a composição era utilizada por sua praticidade. Essa composição, no entanto, estava adequada às normativas públicas e era conduzida por uma autoridade pertencente a certa oligarquia. Dessa forma, assegurava-se que os termos acordados seriam moldados à luz da norma, promovendo-se uma paz adequada à ordem política central. A regulação pública se estendeu então à autocomposição e à justiça negocial, que passam a ser usadas como instrumentos das autoridades que se apropriam do espaço comunitário⁸⁸.

A mediação de conflitos foi essencial para implementar instituições governamentais nas cidades primeiras cidades italianas, acelerando a legitimidade da lei pública e o desenvolvimento de oligarquias. Por meio da mediação, os indivíduos validavam suas vontades ao mesmo tempo em que certificam a legitimidade das autoridades que determinavam os parâmetros normativos da negociação⁸⁹. Quando o interesse particular era inconciliável com o interesse público/oligárquico, a situação era submetida ao julgamento de uma autoridade. Assim, a inclusão de um expert oficial na resolução de disputas trouxe consigo a pretensão de um projeto político: a aplicação da lei como um novo critério de validade⁹⁰.

No final do século XIII e início do XIV, ao penal é impresso um forte caráter público, com os juízes europeus tornando-se inquisidores, usando de técnicas como tortura,

⁸⁷ SBRICCOLI, Mario. *Storia del Diritto Penale e della giustizia...* Op. cit., p. 7.

⁸⁸ SBRICCOLI, Mario. *Storia del Diritto Penale e della giustizia...* Op. cit., p. 54- 55.

⁸⁹ SBRICCOLI, Mario. *Storia del Diritto Penale e della giustizia...* Op. cit., p. 57.

⁹⁰ SBRICCOLI, Mario. *Storia del Diritto Penale e della giustizia...* Op. cit., p. 67-68.

processando e julgando pessoas independentemente de transação prévia entre ofensor e ofendido, ou da ausência de interesse privado no início ou continuidade do processo. A consolidação da centralização em torno do público passou a depender do descrédito da justiça negocial, e aos juristas coube a tarefa de estruturar um discurso técnico normativo contra a autocomposição e a justiça negocial, visando a tornar o crime de um assunto de ordem pública, racionalizando-o como uma ofensa à *res publica*⁹¹.

A nova justiça penal ampara-se na lei escrita e em um ritual processual conduzido por autoridades, privilegiando a previsibilidade dos acontecimentos e respostas de acordo com as normas de controle social em detrimento da plasticidade da autocomposição⁹². Assim, a natureza dos poderes hegemônicos implicou em uma sujeição vertical do cidadão, migrando o controle social informal das práticas autocompositivas ao controle exercido pelas autoridades. Durante esse período de centralização, no entanto, apenas uma pequena parte da criminalidade foi excluída da autocomposição, pois ela seria marginalizada da justiça penal somente depois das codificações pós-revolução francesa⁹³.

Em relação à Europa anglo-saxã, Mark Umbreit situa o início da apropriação institucional do conflito a partir do século XI, após a invasão normanda da Bretanha, quando Henrique I, filho de William, o Conquistador, baixou um decreto assegurando a jurisdição real sobre alguns casos penais antes compreendidos como conflitos entre particulares passíveis de resolução pela via da reparação às vítimas no âmbito comunitário⁹⁴. O roubo, o assassinato, o furto e incêndios foram alguns crimes que se tornaram processáveis somente pelas autoridades, sob o argumento de que maculariam a “Paz do Rei”. Um dos motivos para tal movimento foi que Henrique I, filho de um invasor, necessitava consolidar seu domínio sobre a Inglaterra e reafirmar-se como uma autoridade com poder suficiente para conter a criminalidade. A apropriação do conflito por um poder centralizado, portanto, foi fundamental tanto no mundo de *civil law* como de *common law* para legitimar esse poder.

Na Itália, entre 1500 e 1600, a noção do delito como conduta causadora de dano é gradativamente substituída pela perspectiva de desobediência e a partir dessa racionalidade são criados crimes sem vítima e se fortalece a perspectiva de que todos os delitos devem ser processados para a proteção das ordens social, política e religiosa. O processo então deixa

⁹¹ SBRICCOLI, Mario. *Storia del Diritto Penale e della giustizia...* Op. cit., p. 7- 8.

⁹² SBRICCOLI, Mario. *Storia del Diritto Penale e della giustizia...* Op. cit., p. 9-10.

⁹³ SBRICCOLI, Mario. *Storia del Diritto Penale e della giustizia...* Op. cit., p. 11-12.

⁹⁴ UMBREIT, Mark S.; VOSS, Betty; COATES, Robert B.; LIGHTFOOT, Elizabeth Lightfoot. Restorative Justice in the Twenty-First Century: A Social Movement Full of Opportunities and Pitfalls. *Marq. L. Rev.* Milwaukee: v. 89, n. 251, p. 253-304, 2005, p. 255.

de ser um ritual de harmonização de relacionamentos entre particulares para servir como meio de acerto normativo do caso penal⁹⁵.

Entre 1600 e 1700, este pretensão sistema de previsibilidade e cientificidade cede ao esquema absolutista baseado na justiça do rei, o que diminui o poder dos juizes. No século XVIII, entretanto, surgem duas tendências (i) a padronização do direito penal e (ii) a justiça das práticas, desenvolvidas após séculos de laboratório, que entram em contradição com a standardização emergente. É neste século que os intelectuais desenvolveram uma função crítica em relação ao sistema penal, propondo a reforma deste a partir dos ditames do iluminismo e dos ideais burgueses⁹⁶.

Direito e processo foram regenerados e reformulados como garantias jurídicas em face das arbitrariedades, embasando-se na laicidade, na razão científica, na proporcionalidade e na certeza. Tais conceitos inspiraram o princípio da legalidade e a responsabilização penal pela privação de liberdade, que compreenderá as três diretrizes do iluminismo penal: o humanitarismo, o utilitarismo e a proporcionalidade, havendo divisão entre as regras processuais e materiais e o banimento das penas corporais e capitais⁹⁷.

As codificações permitiram a ampliação do domínio da lei sobre a vida coletiva. A segurança do Estado Moderno, “necessário à manutenção da ordem”, é colocada como justificativa para suprimir a liberdade de uns, trazendo à baila o dilema do ente que existe para proteger as liberdades, mas que pode, ao mesmo tempo, tolhê-las⁹⁸.

A leitura de Sbriccoli evidencia como a justiça comunitária e o protagonismo dos ofendidos e autores de ofensa na gestão de conflitos tiveram que ser desmantelados para a instituição do sistema judicial, que consagrou, sob o manto da legalidade a transferência da titularidade do conflito ao Estado⁹⁹, especialmente a partir do Século XVIII. Os cidadãos conflitantes, antes diretamente envolvidos na gestão de seu conflito, vão ocupando a

⁹⁵ SBRICCOLI, Mario. *Storia del Diritto Penale e della giustizia...* Op. cit., p. 17.

⁹⁶ SBRICCOLI, Mario. *Storia del Diritto Penale e della giustizia...* Op. cit., p. 25-27.

⁹⁷ SBRICCOLI, Mario. *Storia del Diritto Penale e della giustizia...* Op. cit., p. 27-28.

⁹⁸ SBRICCOLI, Mario. *Storia del Diritto Penale e della giustizia...* Op. cit., p. 33. Esse dilema encontrará respostas nas teorias contratualistas, como a produção hobbesiana, que, mesmo anterior ao iluminismo, versa precisamente sobre a necessidade de transferência das várias potências individuais a um “leviatã”, que com a soma dessas forças gozará de poder para instituir ordem. Tal ordem garantiria aos súditos expectativas e noções claras acerca do que é ou não permitido, o que a diferenciaria conceitualmente o Estado Moderno do Estado Natural, no qual o homem vivia em constante alerta e medo. O fim desta imprevisibilidade e a garantia de preservação do indivíduo, portanto, é o discurso que respalda o Estado na ótica de Hobbes, que terá o poder para anular direitos do sujeito em prol de preservá-lo por meio da ordem instituída. Em: HOBBS, Thomas de Malmesbury. *Leviatã, ou matéria, forma e poder de um Estado Eclesiástico e Civil*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva, p. 46-48. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_thomas_hobbes_leviatan.pdf. Acesso em: 15 de jan. de 2019.

⁹⁹ WEBER, Max. *Metodologia das ciências sociais*: 2ª parte. 2ª ed., São Paulo: Cortez, 1995, p. 350-351.

posição de usuários de um modelo de justiça governado por peritos. Esses mesmos profissionais, segundo Bourdieu, produzirão a necessidade dos serviços que oferecem, ao constituírem e transformarem os conflitos reais em problemas jurídicos compreensíveis somente sob a ótica técnica do campo do direito¹⁰⁰.

Ao adentrarem na esfera do campo jurídico, os cidadãos renunciaram tacitamente à gestão dos próprios conflitos e do recurso à violência de fato, que será substituída pela violência simbólica. Dessa forma, a competência para dominar a linguagem e os recursos disponíveis neste novo campo torna-se um valor e isso viabiliza a profissionalização dos operadores do direito, vistos como aqueles capacitados para gerenciar os conflitos¹⁰¹.

A profissionalização da gestão do conflito foi acompanhada pela “fungibilização do indivíduo” em uma sociedade cada vez mais extensa e heterogênea¹⁰², que suporta mais facilmente a perda de seus componentes, especialmente em razão da reserva de mão de obra e da fragilidade dos vínculos entre essas pessoas. Além disso, o aumento populacional contribuiu para a centralização da gestão de conflitos e a configuração do sistema penal¹⁰³, pois a fragilização de vínculos legitima um controle formal centralizado como um reforço coator contra a prática de condutas anômicas¹⁰⁴. Assim, a segmentação de acordo com o espaço e atributos de classe, especialmente nas sociedades pós-industriais, culminou em uma despesoalização da vida social¹⁰⁵.

Os sujeitos dessas realidades possuem então vínculos precários, deparando-se com uma vastidão de indivíduos com quem desenvolvem relacionamentos tópicos, usualmente envolvendo trabalho. Quanto maior a segmentação social, menor relevância é conferida aos seus vínculos entre pessoas e maior é a facilidade de afastamento quando da existência de um conflito ou mal estar, pois há uma ampla variedade de espaços sociais¹⁰⁶.

¹⁰⁰ BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico...** Op. cit., p. 232.

¹⁰¹ BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico...** Op. cit., p. 233.

¹⁰² Este contexto também favoreceu o enfraquecimento dos vínculos entre os componentes sociais, que passaram a suportar com mais naturalidade a anulação e punição severa de seus pares. SILVA, Mário Edson Passerino Fischer da. **Breves Considerações sobre Questões Conceituais, Origens e a Institucionalização da Justiça Restaurativa no Brasil...** Op. cit., p. 29.

¹⁰³ HABERMAS, Jürgen. **A crise de legitimação no capitalismo tardio** Rio de Janeiro: 3ª ed., Editora Tempo Brasileiro, Tempo Universitário, 1999, p. 31-32.

¹⁰⁴ Christie tratou dessa questão vinculando-a sociedades industrializadas e ao fenômeno da migração cotidiana, ou seja, ao fato dos indivíduos migrarem diariamente de um grupo de pessoas para o outro sem necessariamente criarem laços intersubjetivos com tais grupos. A interação desses sujeitos com esses grupos se restringiria, portanto, ao ato de contemplá-los e depois deixá-los. Tal fenômeno é notado, por exemplo, ao se observar a interação entre os colegas de trabalho, vizinhos e pessoas que se cumprimentam nas ruas. Em: CHRISTIE, Nils Conflict as property. **The British Journal of Criminology**, Oslo, vol. 17, 1977, p. 5-7.

¹⁰⁵ CHRISTIE, Nils. Conflict as property... Op. cit., p. 6.

¹⁰⁶ CHRISTIE, Nils. Conflict as property... Op. cit.

Nessa realidade dinâmica, o conflito, por ter um menor potencial de corroer a coesão como um todo, tende a ser evitado e não trabalhado. Para tanto, há uma grande variedade de profissionais dispostos a se apropriar dele, afinal o conflito se apresenta como mercadoria valiosa às autoridades, que, ao gerenciá-lo, respaldam sua relevância e utilidade perante indivíduos ansiosos em cedê-los¹⁰⁷.

A relevância social do conflito, sua gestão e sua apropriação institucional foi abordada no paradigmático artigo “*Conflict as property*” de Nils Christie, que apresentou o conflito, qualificado como caso penal, como uma manifestação da convivência humana com o potencial de expor uma densa complexidade relacional a depender da maneira como é explorado. Partindo desse ponto, Christie explorou o fato de que a abordagem jurídica dos casos penais silencia essa complexidade, empobrecendo a experiência de administração e compreensão do conflito.

Sem a participação direta da vítima e seu ofensor no processo, praticamente não há mais que se falar em conflito, e é nesse sentido que, provocativamente, Christie apelidou os advogados e operadores do direito como “ladrões de conflito”. A transformação do embate humano em uma discussão metafísica sobre preceitos normativos, promove uma perspectiva não-conflitiva, em termos fáticos, e conflitiva, em termos jurídicos, aumentando a atenção sobre o ordenamento jurídico e as características negativas do ofensor e reduzindo-a em relação à dor da vítima e às consequências relacionais. Essa abstração e evasão sistêmica do trabalho com o conflito é uma perda social, porque, em uma realidade de intensa segmentação e precariedade relacional, o conflito é uma oportunidade para agregar, cooperativamente, diversos atores sociais em torno de uma empreitada de compartilhamento de responsabilidades que pode fortalecer a coesão social¹⁰⁸.

Discutir democraticamente um conflito de natureza penal e a resposta adequada a ele possibilita a criação de um espaço pedagógico de trocas em que pessoas pertencentes a realidades distintas terão a chance de tomar consciência sobre problemas estruturais e as diferentes maneiras de interpretá-los. Além disso, abordar e trabalhar o conflito humano do caso penal implica em resgatar a participação direta da vítima e do autor da ofensa, o que viabiliza o diálogo sobre os valores coletivos importantes para garantir uma convivências em harmonia. Nesse espaço, os participantes poderão refletir sobre a razão de ser das normas de conduta, podendo reconhecer sua relevância no caso concreto, ou criticá-la, por

¹⁰⁷ CHRISTIE, Nils. *Conflict as property*... Op. cit.

¹⁰⁸ CHRISTIE, Nils. *Conflict as property*... Op. cit., p. 4- 7.

exemplo, quando ela oculte ou reproduza uma violência estrutural sofrida também pelo autor da ofensa¹⁰⁹.

O conflito também seria valioso para a vítima que, ao participar da construção da resposta a ele, poderá transformar sua experiência traumática em um objeto de narrativa, expressando sua opinião sobre o que poderia amenizar sua dor, e tendo a oportunidade de confrontar seu ofensor e compreender melhor um evento significativo em sua vida. Quanto ao autor da ofensa, tolhido da possibilidade de participar de um processo com uma linguagem mais acessível e colocado em uma posição de resistência à pretensão de responsabilizá-lo, esse perde a oportunidade de ser confrontado com as reais consequências de seus atos e de explicar, ao seu modo, os motivos que o levaram a praticá-los¹¹⁰. Apesar disso, o sistema de justiça criminal, além de vender os olhos da sociedade para a complexidade envolvendo os conflitos que ele tutela, admite deixar a vítima frustrada e reforçar estereótipos que desumanizam tanto a vítima (como agente vingativo) quanto o autor da ofensa (como agente perigoso e digno de supressão).

Como se buscará demonstrar no próximo item, em país tão heterogêneo como Brasil, em que a violência criminosa e institucional se sedimentaram como parte do cenário nacional, as perdas de oportunidade por não se investir em um modelo dialógico de justiça contribuem para perpetuar uma atuação sistêmica repressiva, que segrega e desumaniza. Enquanto as interações dialógicas possibilitam a exposição dos fatores relacionais do conflito, tornando viável que os conflitantes se humanizem, se compreendam e possam atuar ativamente na construção de respostas à situação, a apropriação de toda a responsabilidade e poder para o Estado demanda uma leitura unidimensional e padrão de casos sob a ótica do direito. Dessa forma, a intervenção penal reduz a tutela da situação a um controle formal de matriz punitiva, que silencia as causas e consequências relacionais dos conflitos, e transfere o poder de decisão a técnicos que, apesar de pouco entenderem sobre a realidade e necessidades dos envolvidos no caso, compreendem a linguagem jurídica.

1.4 Contextualizando o diálogo entre JR e sistema penal brasileiro: do retrato de uma democracia disjuntiva à apropriação das técnicas de mediação pelo sistema de justiça

¹⁰⁹ CHRISTIE, Nils. Conflict as property... Op. cit., p. 7- 8.

¹¹⁰ CHRISTIE, Nils. Conflict as property... Op. cit., p. 8-9.

O Brasil é o mais extenso e populoso país da América Latina, contabilizando, ao final de 2019 uma população de 210.896.251 habitantes¹¹¹, marcada pela heterogeneidade e espalhada sobre um território continental. Segundo o Instituto Brasileiro de Economia da Fundação Getúlio Vargas, no primeiro trimestre de 2019 a desigualdade de renda dos brasileiros atingiu o maior patamar já registrado, tendo o índice de Gini registrado a marca de 0,6257¹¹². Em 2018, a concentração de renda, de acordo com a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (Pnad Contínua), atingiu o recorde, indicando que o rendimento médio mensal obtido por 1% dos brasileiros mais ricos (R\$ 27.744,00) é 33,8 vezes maior do que o rendimento médio de 50% da população¹¹³. Aliado a isso, a taxa de desemprego no primeiro trimestre de 2019 foi de 11,8%, enquanto o número de pessoas que desistiram de procurar trabalho totalizou 4,7 milhões¹¹⁴.

Em julho de 2019, o IBGE divulgou que o Brasil contava com, pelo menos, 11,3 milhões de pessoas, acima dos 15 anos, analfabetas (6,8% da população) e embora o número esteja diminuindo ainda está acima nas metas previstas¹¹⁵. Em 2017, foi registrado que 73% dos analfabetos eram pardos ou negros e que apenas 5,7% das pessoas com 25 anos ou mais possuíam ensino superior completo, sendo 22,9% desse total composto por brancos e 9,3% dele por negros ou pardos¹¹⁶.

Em relação a saneamento básico e coleta de esgoto, questão das mais básicas para a uma vida digna e com saúde, o Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento (SNIS) relatou que, em 2017, 48% da população brasileira não tinha acesso à rede de coleta de esgoto e 35% sequer tinham acesso à água tratada¹¹⁷. Esse é um retrato da dura

111 BRASIL. **Projeção da população do Brasil e das Unidades da Federação**. Brasília: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, 24 de dezembro de 2019. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/>. Acesso em 24 de dezembro de 2019.

112 O índice de Gini monitora a desigualdade social em uma escala de 0 a 1 (sendo 1 o maior índice desigualdade). No Brasil a desigualdade social somente cresce desde 2015. G1. **Desigualdade de renda no Brasil atinge o maior patamar já registrado, diz FGV/IBRE**. Brasília: 21 de maio de 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2019/05/21/desigualdade-de-renda-no-brasil-atinge-o-maior-patamar-ja-registrado-diz-fgvibre.ghhtml>. Acesso em 05 de nov. de 2019.

113 VEJA. **Concentração de renda no país é recorde em 2018, aponta IBGE**. São Paulo: 16 de outubro de 2019. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/economia/concentracao-de-renda-no-pais-e-recorde-em-2018-aponta-ibge/>. Acesso em 05 de nov. de 2019.

114 NITAHARA, Akemi. **Taxa de desemprego no Brasil cai para 11,8%, revela IBGE**. EBC, Agência Brasil, Rio de Janeiro, 31.10.2019. Disponível em: agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2019-10/taxa-de-desemprego-no-brasil-cai-para-118-revela-ibge. Acesso em 24 de dez. de 2019.

115 GAZETA DO POVO. **Taxa de analfabetismo no Brasil**. Curitiba: publicação em 09 de março de 2019 e atualização em 24 de julho de 2019. Disponível em: <https://infograficos.gazetadopovo.com.br/educacao/taxa-de-analfabetismo-no-brasil/>. Acesso em 24 de dezembro de 2019.

116 PARADELLA, Rodrigo. **Acesso à educação ainda é desigual**. Brasília: Agência IBGE Notícias, Publicado em 29.10.2018 e atualizado em 26.11.2018.

117 BRASIL. **Brasil tem 48% da população sem coleta de esgoto, diz Instituto Trata Brasil**. Senado Federal Notícias, Brasília, 25.09.2019. Disponível em:

desigualdade brasileira, em que inclusive as pessoas das classes sociais mais vulneráveis também são a principal clientela do sistema penal, que reproduz e reforça esses abismos entre indivíduos.

Segundo o banco de monitoramento de prisões, a população carcerária em 18 de julho de 2019, totalizava 812.564 pessoas cumprindo pena em regime prisional fechado, semiaberto, aberto e presos provisórios (ainda não julgados). Estes últimos, ao seu turno, corresponderam a 41,5% desse total (337.126 pessoas)¹¹⁸. No mesmo período, 366,5 mil mandados de prisão estavam pendentes e 6% dessa quantidade era relativa a presos foragidos da carceragem¹¹⁹.

Em junho de 2016, no último levantamento feito pelo Departamento Penitenciário Nacional, havia um déficit de 358.663 vagas no sistema prisional, que estava com uma taxa de ocupação de 197,4%¹²⁰. No mesmo ano, 55% da população carcerária era composta por pessoas entre 18 e 29 anos, sendo que o percentual de indivíduos nessa mesma faixa etária, em relação à população brasileira, era de 18%. Outro comparativo relevante é que 64% da população carcerária (em uma amostra de 72% do total de presos) era composta por pessoas negras, enquanto, na mesma época, 53% da população brasileira se declarou como negra. Quanto à escolaridade, 4% das pessoas presas em 2016 eram analfabetas, enquanto 6% eram alfabetizados sem cursos regulares, 51% não completaram o ensino fundamental e 90% não havia completado o ensino médio¹²¹.

Também em 2016, 26% da população carcerária masculina estava encarcerada por tráfico de drogas, 26% por roubo, 12% por furto, 11% por homicídio, 3% por latrocínio, 3% por receptação 5% por crimes abarcados pelo estatuto do desarmamento, 2% por formação de quadrilha ou bando, 1% por violência doméstica e 11% por crimes diversos¹²². Tem-se aqui um percentual de, pelo menos, 53% de homens presos por crimes cometidos contra vítimas específicas. No caso da população carcerária feminina, 62% estava presa por

<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/09/25/brasil-tem-48-da-populacao-sem-coleta-de-esgoto-diz-instituto-trata-brasil>. Acesso em 24 de dezembro de 2019.

118 BARBIÉRI, Luiz Felipe. **CNJ registra menos de 812 mil presos no país; 41,5% não têm condenação**. G1, Brasília, 17 de julho de 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/07/17/cnj-registra-pelo-menos-812-mil-presos-no-pais-415percent-nao-tem-condenacao.ghtml>. Acesso em 05 de nov. de 2019.

119 BARBIÉRI, Luiz Felipe. **CNJ registra menos de 812 mil presos no país; 41,5% não têm condenação**. G1, Brasília, 17 de julho de 2019.

120 BRASIL. **Infopen: levantamento nacional de informação penitenciária**. Brasília: Depen, Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2017, p. 7. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf.

Acesso e, 24 de dezembro de 2019.

121 BRASIL. **Infopen...** Op. cit., p. 33-34.

122 BRASIL. **Infopen...** Op. cit., p. 43.

tráfico de drogas, 2% por formação de quadrilha ou bando, 11% por roubo, 9% por furto, 1% por receptação, 6% por homicídio, 1% por latrocínio, 2% por crimes abarcados pelo estatuto do desarmamento e 6% por outros crimes. O percentual de mulheres presas em 2016 por crimes cometidos contra vítimas específicas foi de, pelo menos, 27%. Tal universo de pessoas presas por crimes cometidos contra vítimas específicas demonstra um horizonte fértil para a adoção das metodologias restaurativas, cuja formatação padrão pressupõe a existência de vítimas (pessoas físicas) determinadas para a sua realização.

Esse retrato atesta, no mínimo, a diferença de acesso, não só a bens de consumo, mas também direitos básicos assegurados pela Constituição da República, como educação, saúde, trabalho, no Brasil. Fica também evidente a seletividade do sistema penal e a sua propensão a punir aqueles que se enquadram em categorias sociais com menor acessibilidade a direitos fundamentais.

Sobre o desenvolvimento do moderno sistema prisional na América Latina, Tiago da Silva César apontou que, diferentemente da América do Norte ou Europa, ele não pode ser associado com a industrialização, pois não haviam relevantes complexos fabris no século XIX¹²³. Apesar do Código Criminal de 1830 já prever, para a maioria dos crimes, penas de prisão baseadas no trabalho, esse modelo voltado à domesticação laboral nunca foi efetivamente implementado em virtude das precárias condições que os estabelecimentos prisionais possuíam¹²⁴. Apenas em 1850 foi finalizada a construção da primeira grande penitenciária brasileira: a “Casa de Correção” do Rio de Janeiro, que mesmo com esse nome servia mais como um depósito humano para os indivíduos considerados socialmente indesejados, e a tanto a assistência escolar quanto o trabalho eram objetos de barganha e conflito, o que evidenciava a lógica essencialmente punitiva da pena¹²⁵.

Nesse sentido, há leituras históricas que apontam que uma das principais explicações para o desenvolvimento prisional no Brasil, para além da inspiração do movimento estrangeiro nesse sentido, foi a criação de “laboratórios de observação” dos delinquentes, que possibilitassem extrair explicações científicas aos problemas sociais. A

¹²³ CESAR, Tiago da Silva. Estado, sociedade e o nascimento da prisão na América Latina. **Métis: história & Cultura**, v. 12, n. 23, fl. 32-48, jan./dez. 2013, p. 34-36.

¹²⁴ GRUNER, Clóvis. **Paixões torpes, ambições sórdidas**: transgressão, Controle social, cultura e sensibilidade moderna em Curitiba, fins do século XIX e início do XX. Curitiba: tese de doutoramento apresentada ao PPGD em História da UFPR, fls. 341, 2012, p. 223.

¹²⁵ AR, Tiago da Silva. Estado, sociedade e o nascimento da prisão na América Latina... Op. cit., p. 41. “Apenas dois anos depois do Código (de 1830), o Relatório do Ministério da Justiça reclamava a inexistência de “casas destinadas para prisão com trabalho”, e acusava a ironia de que o “Código Criminal não faz quase nenhum uso das penas de morte, galé, degredo, e desterro; a maior parte dos delitos tem a pena de prisão com trabalho, e entretanto não existe no Império uma só casa para esse fim!”. Em: GRUNER, Clóvis. **Paixões torpes, ambições sórdidas**... Op. cit., p. 223.

influência da criminologia positivista e a constatação de que as prisões eram ocupadas integrantes de categorias sociais específicas, possibilitou à associação da prática criminosa a determinadas classes sócias, o que legitimava a sua persecução pelo aparato repressor e permitia remodelar as relações entre Estado e classes desfavorecidas a partir de uma lógica de repressão e segregação¹²⁶.

Tal leitura da história vai na linha de que prisão no Brasil operou, desde sua “modernização”, como um meio mais ágil para oferecer respostas a problemas de inclusão social que se agravaram com a rápida inclusão dos países latinos na economia da exportação, o que atraiu as autoridades para investir em um modelo de facilitava o controle social das pessoas que não contribuía com a lógica do mercado. Com a prisão, o Estado brasileiro encontrou uma “profilaxia apropriada” para promover o isolamento social de determinados grupos em um espaço específico¹²⁷.

Mesmo com o passar das décadas, esse modelo de segregação social em que os apenados são confinados em espaços superlotados com precárias condições de higiene foi sendo mantido com resposta principal à criminalidade. Hoje, contudo, a maioria desses espaços são dominados por ordens paraestatais vinculadas à facções, as quais muitas nasceram nas prisões e com o tempo instituíram regras de interação entre detentos há muito foram esquecido pelo Estado. Dessa maneira, as facções encontraram nas prisões um local para abastecimento de seus recursos humanos, e sua existência organizada em face ao aparato punitivo estatal ofereceu mais argumentos para reproduzir uma postura institucional violenta.

Essas constatações são importantes quando o assunto é a implementação de um modelo restaurativo de justiça penal, pois nesse universo de desigualdade é justo questionar a aplicabilidade efetiva de pressupostos de interconexão e horizontalidade entre pessoas que, na vida social, possuem visões de mundo, prioridades e se inserem em realidades completamente diferentes. Também é pertinente ponderar se o povo e as instituições brasileiras estão dispostos a compartilhar responsabilidades e construir pontes entre seres humanos separados tanto física quanto simbolicamente.

Além de adotar um sistema jurídico (*civil law*) diverso do *common law* dos países nos quais a JR foi institucionalizada em maior escala, o Brasil apresenta um contexto de exclusão e violência muito particulares. As características do exercício da cidadania, a

¹²⁶ AR, Tiago da Silva. Estado, sociedade e o nascimento da prisão na América Latina... Op. cit., p. 36.

¹²⁷ MACHADO, Ana Elise Bernal; SOUZA, Ana Paula dos Reis; SOUZA, Mariani Cristina de. Sistema Penitenciário Brasileiro: origens, atualidade e exemplos funcionais. **Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidade e Direito**, v. 10, n. 10, pg. 201-212, 2013, p. 204.

heterogeneidade (sub)cultural e a forma como o povo e Estado leem e lidam com a violência e com a criminalidade são questões que demandam reflexão, pois o que funciona nos Estados Unidos e Nova Zelândia, e que foi criado na realidade desses países, não necessariamente produzirá os mesmos efeitos no Brasil.

Entendo que a JR não é somente uma forma dialógica de conceber a efetivação da justiça em casos penais, mas sim um paradigma que aproxima a noção de justiça à satisfação das necessidades materiais e subjetivas de cada ser humano, interpretando os sujeitos como seres inseridos em uma teia de relacionamentos. Trata-se de uma justiça que não se coloca na posição de ideal, mas que se permite construir caso a caso apostando no potencial humano de transformar a violência e a diversidade em oportunidades pedagógicas para a reflexão e compartilhamento de responsabilidades, unindo as pessoas em torno de propósitos comuns.

Essas ideias e conceitos já partem de uma série de pressupostos que quando confrontados com uma realidade homogênea já encontram uma série de complicadores. Em se tratando de Brasil, “o buraco é ainda mais embaixo”. Nota-se que essa perspectiva conceitual toma como dada a capacidade cognitiva para as se entenderem e, ainda, estarem dispostas a cooperar. Em um país com disparidades tão grandes, em que há pessoas que não mal têm o que comer e sequer completaram a educação básica... Em um país em que os agentes do sistema de justiça são, em sua maioria, originários de classes sociais abastadas e em que muitas vítimas e autores delitos pertencem a realidades diametralmente opostas... Nesse Brasil, em que há tantos fundamentos e escoras a serem desenvolvidos, propor diálogo e democratização como Política de Gestão do Sistema de Justiça Penal é uma oferta jurídica, cultural e estruturalmente complexa. Para os marxistas isso soaria como uma piada de mau gosto, ou uma reinvenção envernizada da violência institucional, e me parece que críticas como essa, em vez de castrarem a ideia, a convidam a sair do papel com a máxima cautela.

Mesmo no contexto contemporâneo de vasto contingente e de maior fragilidade de vínculos, a JR parte do princípio de que as pessoas estão interconectadas pela sua condição humana, pelas necessidades básicas que compartilham e pelo fato de que seus atos têm o potencial de afetar a vida alheia de maneiras significativas¹²⁸ Por isso Zehr e Gohar

¹²⁸ ZEHR, Howard; GOHAR, Ali. **The Little Book of Restorative Justice...** Op. cit., p. 17. Em muitas algumas culturas tribais, essa interconexão é definida por uma palavra específica. Na língua nativa neozelandesa (dos “maori”) tal conexão é chamada de “*whakappa*”, para os navajos chamam-na ela é a “*hozho*” e, para os africanos falantes do bantu, a palavra é “*ubuntu*”. Em: NABUDERE, Dani W. **Ubuntu Philosophy: memory and reconciliation**. International Documentation Network on the Great African Lakes

ressaltam que um dos principais fundamentos da JR é que os relacionamentos humanos implicam em obrigações e responsabilidades mútuas, o que explica o motivo pelo qual o crime, ainda que seja o único vínculo entre vítimas e ofensores, geraria ao seu autor a responsabilidade de acertar o mal cometido¹²⁹. Essa perspectiva serviu de alicerce para os princípios e práticas restaurativas que enfatizam a importância da responsabilização do autor da ofensa para ele que cumpra com seu dever de *accountability* (acertar as contas) e busque reparar os danos que causou.

Essas são ideias que bebem em fontes de tradições tribais e que trazem consigo percepções que, em um nível filosófico e mesmo na prática casuística, se mostram mais lógicos do que a mera destruição do ofensor pela pena. Embora as práticas restaurativas tenham o potencial para despertar esse lado cooperativo, dialógico e responsável de cada ser humano, em um nível mais macro, transferir a responsabilidade pela violência somente ao autor da ofensa, que não raro pode ser uma pessoa psíquica e socialmente desestruturada, deixa de lado um outro tipo de restauração igualmente relevante em cenários como o brasileiro: a restauração de vínculos e de responsabilidades entre cidadão e Estado.

Que mudanças duradouras uma experiência restaurativa propiciará se, após ter reparado o dano, ter sido cesurado e mesmo ter assimilado a reprovabilidade de seu ato, o autor da ofensa retorna a um ambiente hostil, em que é constantemente assediado pela violência urbana e institucional? Parece ser nesse sentido que Howard Zehr ressalva o fato de que a JR romperá com o ciclo de violência, tornando-se culturalmente transformadora, se a responsabilização pelo crime, suas causas e consequências for “multidimensional” e compartilhada entre indivíduos, sociedade e instituições¹³⁰.

Essa proposta de justiça porta consigo um ideal de cidadania participativa, em que cidadão ocupa uma posição de destaque, sendo voluntariamente implicado pelas instituições em um processo democrático voltado a responder à violência com diálogo e a transformar a realidade a partir da integração entre indivíduo, comunidade e Estado. A cidadania no Brasil, segundo o antropólogo James Holston, é caracterizada por ser

Region, 1-20, 2005, p. 3. Disponível em: <https://repositories.lib.utexas.edu/handle/2152/4521>. Acesso em: 17 de nov. 2019. *Ubuntu* é a abreviação do provérbio Zulu: “*umuntu ngumuntu nbabantu*”, equivalente ao ditado Sotho: “*motho ke motho ka batho*”, que podem ser traduzidos como “uma pessoa é porque as outras pessoas são”. A mesma lógica de cunho comunitarista se aplica título ao ditado “*hishuk taswak*” da tribo canadense *Huu-ay-aht*, que significa: “tudo é um”. Em: BRIDGE, Kathryn; NEARY, Kevin. **Voices of the elders: huu-ay-aht histories and legends**. Vancouver: Heritage, 2013, p. 14.

¹²⁹ ZEHR, Howard; GOHAR, Ali. **The Little Book of Restorative Justice**... Op. cit., p. 18-21.

¹³⁰ ZEHR, Howard. **Trocando as Lentes: Um novo foco sobre o crime e a justiça**. São Paulo: Palas Athena, 2008, p. 190.

formalmente inclusiva e substancialmente exclusiva, pois embora o *status* de cidadão seja conferido com poucos pré-requisitos legais, o usufruto dos direitos reconhecidos aos brasileiros é muito dispar a depender da camada social em que se encontram¹³¹. Holston também apontou que a legislação brasileira reproduz e engessa essa distribuição desigual de direitos, conferindo privilégios e deveres diversos a classes sociais (políticos, juízes, policiais, advogados, etc.) que gozam de um estado cívico formalmente equivalente aos demais¹³².

Teresa Pires do Rio Caldeira contribuiu com os estudos de Holston, formulando com ele o conceito de “democracia disjuntiva, usado para explicar “os processos contraditórios que marcam a sociedade brasileira e indicar a esfera na qual a expansão dos direitos é mais problemática”. Para a autora, uma importante contradição do Brasil contemporâneo é o fato da “expansão da cidadania política” ser acompanhada pela “deslegitimação da cidadania civil”, pois, apesar de após a Constituição de 1988 serem asseguradas eleições livres e regulares, livre organização de partidos, funcionamento regular do legislativo e liberdade de expressão, a violência civil e estatal aumentaram desde o final da ditadura militar¹³³.

Para Caldeira, essa contradição estaria vinculada a fatores como a “falência do sistema judiciário, aos abusos da polícia, à fortificação das cidades e à destruição dos espaços públicos como locais de interação entre todos os cidadãos. Na obra “Cidade de muros”, fruto de seus estudos empíricos entre 1988 e 1998, a autora abordou o fenômeno da segregação nos espaços urbanos da cidade de São Paulo a partir do desrespeito aos direitos fundamentais e da percepção subjetiva da violência, do crime e da função do Estado. Para a autora, a violência e o medo de crimes violentos combinam-se a processos de mudança social em que os discursos legitimam e reproduzem novas formas de segregação e discriminação, contribuindo para afastar física e civilmente pessoas que possuem condições socioeconômicas distintas¹³⁴.

Na mentalidade popular e institucional, o crime é compreendido como a expressão da decadência que deve ser combatida. Seu enfrentamento, no entanto, não é direcionado a reformas de base e prevenção relativa às condições que favorecem a exclusão e a

¹³¹ Holston realizou estudos empíricos nas favelas nacionais, fazendo imersões nessas realidades e contrastando-as com as previsões de direitos no ordenamento jurídico brasileiro. Em: HOLSTON, James. **Insurgent Citizenship**: Disjunctions of Democracy and Modernity in Brazil. Princeton: Princeton University Press 2008, p. 3.

¹³² HOLSTON, James. **Insurgent Citizenship**... Op. cit., p. 28-30. 63-64.

¹³³ CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. **Cidade de muros**: Crime, segregação e cidadania em São Paulo. 2ª ed., São Paulo: Editora 34 e Editora USP, 2003, p. 55-56.

¹³⁴ CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. **Cidade de muros**... Op. cit., p. 9.

reprodução da violência estrutural. Tem-se, em verdade, uma postura voltada essencialmente à repressão com o fim de colocar o sujeito criminoso “em seu devido lugar”: à margem da sociedade.

Após analisar o conteúdo de entrevistas com vítimas de crimes, Caldeira concluiu que a fala sobre o crime é simplista e estereotipada justamente para facilitar a compreensão da realidade. A autora pontuou experiência do crime rompe com as referências de convivência e desorganiza o mundo da vítima, trazendo medo e insegurança. A fala sobre o crime serve para reorganizar a realidade, tornando-a mais fácil de compreender, de forma que o binômio bem e mal, e todos os preconceitos que o acompanham, são úteis a esse propósito¹³⁵. Esse recurso a categorias rígidas para reordenar o universo abalado colabora com a criação de narrativas de intolerância, que clamam e autorizam a violência institucional (legítima) como remédio imediato à violência desautorizada (crime)¹³⁶.

A compreensão popular do crime e a forma como se demanda que o Estado reaja a ele ressaltam o caráter disjuntivo da democracia brasileira, porque o crescimento da violência e o apelo a própria violência como profilaxia do problema deterioram os direitos dos cidadãos e incitam a segregação¹³⁷. O apelo a uma autoridade centralizada, forte e perpétua surge como solução simples e palatável à insegurança e à desordem associadas ao crime, criando um ciclo vicioso de violência e segregação. Ao mesmo tempo, paradoxalmente, o fortalecimento exacerbado dessa autoridade representa uma ameaça à ordem democrática, o que é sublimado pela ansiedade por respostas que produzam a contenção imediata da violência desautorizada¹³⁸.

Nesse cenário, apesar das classes menos abastadas serem as mais propensas à vitimização por crimes violentos, todos os segmentos sociais preocupam-se com as medidas de proteção e com o esforço discursivo que poderá dar sentido as suas diferentes experiências de violência. Considerando esses fatos, Teresa Caldeira concluiu que uma das principais atividades do sistema penal e da mídia que o explora é a elaboração da imagem do criminoso como alguém o mais distante possível dos “cidadãos de bem”, como a personificação do mal, pois isso facilita a admissão de reações enérgicas e da relativização dos direitos do inimigo¹³⁹.

¹³⁵ CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. **Cidade de muros...** Op. cit., p. 10, 27-28.

¹³⁶ CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. **Cidade de muros...** Op. cit., p. 38-41.

¹³⁷ CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. **Cidade de muros...** Op. cit., p. 56.

¹³⁸ CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. **Cidade de muros...** Op. cit., p. 61.

¹³⁹ CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. **Cidade de muros...** Op. cit., p. 57, 71, 78-81.

A função da autoridade estatal, descredibilizada enquanto promotora de direitos e de inclusão social, passa a ser compreendida socialmente como domesticadora das “forças do mal”¹⁴⁰ e na promoção da violência segregadora, o Estado Brasileiro reencontra sua legitimidade, sendo aclamado ao reagir com severidade contra a criminalidade. O resultado, é a propagação de violência, a segregação e a manutenção da violação de direitos tanto por parte da criminalidade quanto da parte do Estado, o que aumenta a sensação de insegurança e faz com que os muros subam e a distância social aumente. Quanto mais medo, mais atraentes se tornam as simplistas soluções punitivistas, vastamente exploradas nos discursos políticos que se reinventam com novas propostas de relativização de garantias e flexibilização dos limites à violência autorizada.

Depois desse retrato limitado das realidades brasileiras e da sua relação com a violência, democracia, cidadania e crime, pareceria o momento teatral adequado para apresentar a JR como a resposta a todas as deficiências previamente descritas. Certamente, após tanta instigação à desesperança do(a) leitor(a), a iminência de uma proposta mirabolante acarretaria na liberação suficiente de dopamina para, ao menos, fazê-lo(a) simpatizar com ela. Bem, não é o caso.

Não vejo num modelo restaurativo de justiça como uma solução aos problemas descritos. Essa pesquisa apontou, no entanto, que a JR pode ser um caminho rumo à conscientização coletiva a multidimensionalidade da violência e o crime, desconstruindo os mitos e simplificações envolvendo reações punitivas e permitindo que o compartilhamento de responsabilidades em torno da construção de uma sociedade comprometida com a efetivação de direitos fundamentais e a redução das desigualdades. Vejo a JR como um meio, e não um fim. Um meio democraticamente enriquecedor pelo seu potencial dialógico e humanizador.

A diferença de escolaridade, acessibilidade a direitos e visões de mundo entre as várias pessoas que compõem a nação brasileira, ainda que representem dificuldades ao exercício de um diálogo horizontal nas práticas restaurativas, também são convites para que os sujeitos e instituições tomem consciência desses abismos e percebam o potencial construtivo de um trabalho em conjunto entre sociedade e Estado voltado à integração. A simplificação do crime como um mal a ser erradicado pela punição e dos autores de crimes como inimigos incapazes de dialogar fertilize o terreno social para aceitar a violência institucional. Tendo isso em consideração, práticas que revelam as dimensões humanas e

¹⁴⁰ CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. **Cidade de muros...** Op. cit., p. 89.

materiais vinculadas à experiência do crime tendem a ser imensamente mais pedagógicas ao autor do delito, à vítima e à sociedade como um todo, servindo de alternativa a procedimentos formais que silenciam essas dimensões.

Ao oportunizarem o diálogo, as práticas restaurativas dão possibilidades de construção de sentido à experiência do crime que não são destrutivas e marginalizantes. O contato com o outro permite a sua pessoalização e a desconstrução de preconceitos para que a experiência desordenada ganhe um significado que permite a vítima seguir em frente. A troca e as explicações oriundas de uma interação mediada em um espaço seguro potencializam a compreensão das causas e consequências do ocorrido e isso possibilita elaboração coletiva de respostas que, além de mais adequadas para saciar as necessidades afetadas pelo crime, gozam de maior legitimidade perante os envolvidos. A JR então pode ser um passo em direção à reflexão sobre o crime cometido e à percepção de que o caminho trilhado é apenas um dentre tantos outros. O sistema de justiça já entendeu isso e, para resgatar a sua legitimidade, vem investindo na apropriação da autocomposição como via alternativa de tutela.

Tal movimento é natural, pois um modelo restaurativo de justiça tende a dialogar com o sistema de justiça estatal. O ponto é que a JR e a autocomposição podem ser utilizadas por esse sistema não apenas para escoar demanda, e sim como políticas de integração entre Estado e sociedade rumo à concretização de uma democracia inclusiva. Focar apenas na administração de conflitos e na reprovação do ato criminoso é desconsiderar o real potencial de um modelo restaurativo de justiça na seara penal brasileira.

A amenização do dano e a responsabilização do ofensor são elementos norteadores fundantes das práticas restaurativas, porém, pensando na realidade brasileira e seu sistema jurídico, o cumprimento de um acordo restaurativo baseado somente nesta amenização não parece ser a solução do problema em várias das situações possíveis. A reintegração social do autor da ofensa e da vítima também pode ser em atenção ao rol de direitos que asseguram a sua cidadania substancial. É neste aspecto que o resgate do ideal comunitário, que embasa a JR, mostra-se tão importante, pois incentiva a corresponsabilidade pelo conflito. Do contrário, arrisca-se a culpabilização individual de problemas que também possuem raízes históricas e sociais, travestindo a violência estrutural em um discurso inclusivo e concretizado em cerimônias que vão um pouco mais a fundo na dimensão relacional da prática criminosa. Isso não parece ser suficiente para transformar o quadro de

desigualdade e restaurar os laços entre Estado e cidadão brasileiro que a Constituição buscou traçar.

Segundo Catherine Slakmon e Philip Oxhorn, em países onde a sociedade civil é fraca, a cidadania é refletida em direitos cuja amplitude espelha as assimetrias da estrutura social, garantindo-se o direito de reivindicação e participação política aos grupos sociais que já os possuem e mantendo a exclusão dos segregados. As práticas restaurativas, como expressão de um sistema de “micro justiça” (com caráter comunitário), possibilitariam o desenvolvimento de uma sinergia entre cidadãos e o Estado ao passo que ambos, em suas respectivas esferas micro e macro, promoveriam conjuntamente a gestão de conflitos e dos problemas sociais que podem alimentá-los. Essa atuação, em tese, acarretaria no maior engajamento dos cidadãos na resolução de problemas enfrentados pela justiça estatal e, conseqüentemente, na maior inclusão dos cidadãos no sistema de justiça e políticas nacionais, visto que esses influenciariam a promoção da “justiça” e fortaleceriam a concretização da democracia com o Estado¹⁴¹.

Tal questão dialoga com os apontamentos de Luiza Maria de Carvalho, que criticou o fato de, na sociedade brasileira o voto ser a máxima expressão da participação popular, observando que a JR poderia ampliar o exercício democrático, uma vez que permitiria aos cidadãos atuarem ativamente na resolução dos próprios conflitos e operarem como “embaixadores sociais”¹⁴². Com esse termo, a autora visou a designar os indivíduos que auxiliariam o Estado na identificação de possíveis políticas públicas a serem implementadas, cujo êxito poderia não apenas colaborar não apenas para prevenir conflitos do gênero no futuro como conduzir à solução de problemas sociais mais amplos¹⁴³.

Uma JR brasileira estruturalmente revolucionária dependerá da integração entre os poderes e serviços públicos (multidisciplinares) com a sociedade a fim de promover transformações inclusivas, viabilizando caminhos emancipadores do ciclo de violência descrito. Como exemplos pode-se citar a aproximação entre MP, judiciário e instituições de assistência pública que eventualmente acompanhem os envolvidos no caso penal, o

¹⁴¹ SLAKMON, Catherine; OXHORN, Philip. **Micro-justiça, Desigualdade e Cidadania Democrática: A Construção da Sociedade Civil através da Justiça Restaurativa no Brasil**. Em: SLAKMON, Catherine; VITTO, Renato Campos Pinto de; PINTO, Renato Sócrates Gomes. **Justiça Restaurativa**. Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), Brasília, p. 187-210, 2005, 190, 196, 199.

¹⁴² CARVALHO, Luiza Maria S. dos Santos de. **Notas sobre a promoção da equidade no acesso e intervenção da Justiça Brasileira**. Em: SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes. **Justiça Restaurativa**. Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), Brasília, p. 211-224, 2005.

¹⁴³ CARVALHO, Luiza Maria S. dos Santos de. **Notas sobre a promoção da equidade no acesso e intervenção da Justiça Brasileira...** Op. cit., p. 214-216.

encaminhamento das vítimas a atendimentos médicos, psicológicos e assistenciais, o encaminhamento de autores de ofensa interessados a cursos profissionalizantes e ao ensino público, a inclusão das famílias de pessoas vulneráveis em serviços de assistência social, etc.

Além da sua redução a uma técnica operacional, as práticas restaurativas também sofrem o risco de serem marginalizadas como abordagens direcionadas a crimes de menor potencial ofensivo, que não resultam, na mesma medida, na segregação e reprodução de violência anteriormente descritas. Essa opção é temerária, pois ela castra os efeitos positivos da proposta restaurativa e reaviva a crença de que a violência ainda é a melhor resposta ao crime. Em virtude disso, viabilizar institucionalização de um modelo restaurativo de justiça com o maior potencial democrático e transformador possível, estudar as barreiras e as pontes que o ordenamento jurídico possui em relação ao seu desenvolvimento parece ser um caminho necessário.

Considerando a inexistência de lei federal que trate da operacionalização da JR no Brasil, a construção de um modelo restaurativo de justiça na seara penal vem dependendo das reflexões doutrinárias, das movimentações regulamentares das instituições do sistema de justiça e de exercícios hermenêuticos referentes à legislação que está posta.

Como exemplo dessas regulamentações, tem-se a Resolução nº 118 de 2014 do CNMP, que trata da Política Nacional de Incentivo à Autocomposição no âmbito do Ministério Público, e a Resolução nº 225 de 2016 do CNJ, que aborda a Política Nacional de Justiça Restaurativa no Poder Judiciário, oferecem um retrato relevante sobre a institucionalização das práticas restaurativas pelo sistema de justiça. Em seu art. 13, por exemplo, a Resolução nº 118/2014 do CNMP define que a aplicação das práticas restaurativas é recomendada para situações em que seja viável a reparação dos efeitos da infração por meio da harmonização entre o(s) seu(s) autor(es) e a(s) vítima(s), objetivando-se restaurar o convívio social e a efetiva pacificação dos relacionamentos¹⁴⁴.

A citada resolução não define o que pode ser considerado JR e usa de conceitos imprecisos, como “harmonização”, partindo do pressuposto que ofensores e ofendidos convivem na mesma realidade social. A interpretação do dispositivo, contudo, parece aludir à harmonização como um consenso entre vítima e autor da ofensa que implique na reparação de danos causados e na restauração dos relacionamentos afetados pelo conflito. Tal restauração, pelo que se entende aqui, corresponderia ao resgate da sensação de

¹⁴⁴ BRASIL. **Resolução nº 118 de 1º de dezembro de 2014**. Brasília: Conselho Nacional do Ministério Público, 2014.

segurança e da expectativa que as relações interpessoais serão desenvolvidas de modo pacífico, dentro dos limites da lei.

A Resolução nº 225 de 2016 do CNJ, em que pese tenha como objeto específico a JR, também não adota parâmetros mais precisos. Logo em seu art. 1º, a norma conceitua a JR como um conjunto de princípios, métodos, técnicas e atividades que visa à conscientização sobre os fatores relacionais, institucionais e sociais motivadores de conflitos e violência, por meio do qual os conflitos que geram dano, concreto ou abstrato, são solucionados de forma estruturada¹⁴⁵.

Como critérios procedimentais dessa estruturação, a Resolução elenca: **(i)** a participação do ofensor, e, quando houver, **(ii)** da vítima, **(iii)** dos familiares e demais envolvidos no caso e **(iv)** dos representantes da comunidade direta ou indiretamente afetada, tudo **(v)** sob a coordenação de facilitadores previamente capacitados; e considerando que as práticas terão como foco **(vi)** a satisfação das necessidades dos envolvidos; **(vii)** a responsabilização ativa daqueles que contribuíram para a ocorrência do fato danoso; **(viii)** o empoderamento da comunidade e **(ix)** a necessidade de reparação do dano, acompanhada de a recomposição do tecido social rompido pelo conflito (abarcando-se, nessa reparação, as implicações futuras do dano)¹⁴⁶.

Quando trata a JR como um conjunto de técnicas e métodos orientados à conscientização dos efeitos do conflito na realidade material, a Resolução adota uma visão procedimental, orientando a qualificação da JR pela intenção de suas práticas. Essa definição admite a aplicação de práticas restaurativas para crimes em que não exista vítima definida, o que amplia os horizontes em relação a uma visão mais ortodoxa de JR, pensada para casos envolvendo vítimas e autores de ofensa com interações pessoais diretas.

Ambas as resoluções, talvez com a prudente intenção de não engessar a aplicabilidade das práticas restaurativas, fornecem balizas e conceitos mais amplos para desenhar os caminhos de sua implementação no sistema de justiça. Para além delas, a Justiça Brasileira vem investindo na difusão de práticas dialógicas para abordar determinados tipos de conflitos há alguns anos, restringindo sua aplicação a alguns casos de ordem penal. Em 2010, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) publicou a Resolução nº 125, estipulando a “Política judiciária nacional de tratamento adequado dos conflitos” e

¹⁴⁵ BRASIL. **Resolução nº 225 de 31 de maio de 2016**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016.

¹⁴⁶ BRASIL. **Resolução nº 225 de 31 de maio de 2016**... Op. cit.

formalizando uma pretensão de incentivo à autocomposição. A primeira consideração dessa resolução alude à necessária observância da eficiência operacional¹⁴⁷.

A autocomposição como ferramenta do Poder Judiciário Brasileira é ainda anterior à resolução supracitada, sendo uma diretriz para a tutela de casos nos juizados especiais cíveis e criminais desde a Lei nº 9.099 de 1995¹⁴⁸. Essa lei respaldou a possibilidade para a introdução de práticas autocompositivas como alternativas à tutela processual penal nos casos regulados por ela, admitindo, em seus arts. 72 e 73, a composição de danos entre vítimas e acusados, a qual pode ser conduzida por meios de técnicas dialógicas como a mediação e círculos restaurativos¹⁴⁹. Tornou-se juridicamente viável que em casos cujas ações penais fossem de natureza privada ou pública condicionada à representação, inseridas no rito processual comum sumaríssimo, o ofendido (querelante) e acusado poderiam participar de audiência para se realizar a composição de danos, presentes representantes do Ministério Público e judiciário (juiz ou conciliador por ele supervisionado) (art. 74, parágrafo único)¹⁵⁰. Havendo um acordo entre os envolvidos, este se homologado pelo juiz, operaria como uma alternativa ao processo e à pena. Tal homologação seria efetivada mediante sentença irrecorrível, que confere ao acordo a natureza de título executivo judicial (art. 74, *caput*).

Em seu art. 76, a Lei dos Juizados Especiais previu que para casos envolvendo crimes processáveis mediante ação penal pública incondicionada ou condicionada, em que a representação da vítima houvesse sido oferecida, não sendo o caso de arquivamento, o MP poderia ofertar ao acusado, respeitando as condições do §2º do mesmo artigo, a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa¹⁵¹. Trata-se da “transação penal”,

¹⁴⁷ “Considerando que a eficiência operacional, o acesso ao sistema de Justiça e a responsabilidade social são objetivos estratégicos do Poder Judiciário, nos termos da Resolução/CNJ nº 70, de 18 de março de 2009”. Em: BRASIL. **Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2010.

¹⁴⁸ “Art. 2º O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação”. Em: BRASIL. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Brasília: Congresso Nacional, 1995.

¹⁴⁹ Art. 72. Na audiência preliminar, presente o representante do Ministério Público, o autor do fato e a vítima e, se possível, o responsável civil, acompanhados por seus advogados, o Juiz esclarecerá sobre a possibilidade da composição dos danos e da aceitação da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade. art. 73. A conciliação será conduzida pelo Juiz ou por conciliador sob sua orientação. Em: BRASIL. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**... Op. cit. O Enunciado nº 119 do Fórum Nacional dos Juizados Especiais (FONAJE), clarifica que o termo “conciliação”, usado pelo art. 73 indica mais o gênero autocomposição do que uma técnica autocompositiva específica, permitindo o uso da mediação e de outras técnicas autocompositivas quando da composição de danos.

¹⁵⁰ Art. 74. A composição dos danos civis será reduzida a escrito e, homologada pelo Juiz mediante sentença irrecorrível, terá eficácia de título a ser executado no juízo civil competente. Parágrafo único. Tratando-se de ação penal de iniciativa privada ou de ação penal pública condicionada à representação, o acordo homologado acarreta a renúncia ao direito de queixa ou representação. Em: BRASIL. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**... Op. cit.

¹⁵¹ Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo

que representa a oferta do cumprimento imediato de pena mais branda ao indivíduo em vias de ser processado criminalmente. É comum se afirmar que este instituto inseriu a negociação (barganha penal) no campo processual penal, mas, na prática, o que acontece é uma oferta unilateral do representante do MP àquele em vias de ser denunciado. Nesse sentido, o que existe é um arranjo e seleção da oferta a fim de potencializar as chances do sujeito aceitar, resultando em uma reduzida pena restritiva de direitos que não será considerada para fins de reincidência.

Em 1997, a Associação dos Magistrados Brasileiros instalou o Fórum Permanente de Coordenadores de Juizados Especiais Cíveis e Criminais do Brasil, atualmente denominado de Fórum Nacional dos Juizados Especiais (FONAJE), sob a justificativa de aprimorar a prestação de serviços pelos juizados e uniformizar as interpretações da lei, a partir, por exemplo da produção de enunciados¹⁵². O FONAJE ocorre duas vezes ao ano e desde a sua implementação foram publicados alguns enunciados sobre a execução e efeitos das abordagens autocompositivas nos juizados criminais.

Em relação à conciliação, o Enunciado de nº 99 estipula que nas infrações penais em com vítima determinada, havendo desinteresse desta com o prosseguimento da ação penal ou se ocorrer composição civil entre ela e seu ofensor, deixa de existir justa causa para ajuizamento da ação penal. A disposição deste enunciado incentiva, mesmo em casos processáveis via ação penal incondicionada no procedimento sumaríssimo, a realização prévia da composição para entre vítimas e seus ofensores. O enunciado também elastece o tradicional conceito doutrinário de justa causa enquanto condição da ação, considerando a vontade da vítima e a reparação do dano como elementos que tornam desnecessária a persecução penal.

Assim como introduziu a composição de danos civis no campo da ação penal incondicionada, o FONAJE introduziu, a partir do Enunciado nº 112 a transação penal

caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta. § 1º Nas hipóteses de ser a pena de multa a única aplicável, o Juiz poderá reduzi-la até a metade. § 2º Não se admitirá a proposta se ficar comprovado: I - ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva; II - ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo; III - não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida. Em. BRASIL. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995...** Op. cit.

¹⁵² Esses enunciados não têm força de lei e não obrigam juízes ou promotores a cumprir suas determinações, de modo tal que, formalmente, operam como recomendações aos julgadores do que diretrizes de atuação. Apesar disso, a tendência é a observação destes enunciados, primeiro em razão de que eles são formulados pelos próprios coordenadores dos juizados, e segundo porque suas disposições têm como mote dar vazão aos casos, concretizando meios de reduzir a carga de trabalho e agilizar a resposta jurisdicional aos casos. BRASIL. **Sobre o FONAJE**. Brasília: Associação dos Magistrados Brasileiros. Disponível em: <https://www.amb.com.br/fonaje/>. Acesso em 24 de dez. de 2019.

como subsidiária a essa composição nos processos iniciados por ação penal privada¹⁵³. O objetivo, pelo que aparenta, parece ser a adoção de uma política criminal com enfoque na redução de casos judicializados, uma vez que a vítima se a vítima não compuser com o acusado, o enunciado permite ao MP propor a transação penal e a suspensão condicional do processo. É uma forma de dizer que se a composição não resultar em acordo, o conflito não pertence mais à vítima.

O Enunciado nº 116, no entanto, dispõe que a transação penal deve observar os princípios da JR, da proporcionalidade e da dignidade, o que, a nosso ver, para fins de coerência, demandaria a consulta à vítima no momento da proposta de transação. Afinal a restauração, simbólica ou material, deve ser direcionada à vítima e considerar sua opinião e necessidades. Assim, enquanto o Enunciado nº 112 parece tornar a vítima menos relevante, o Enunciado nº 116, ao tratar da observância dos princípios de JR, aponta (ao menos formalmente) que a condução procedimental e o resultado dos acordos de transação considerem a vontade da vítima.

Por permitir o uso de mecanismos autocompositivos como alternativa à tutela penal, Daniel Achutti apontou que a Lei dos Juizados Especiais criminais iniciou uma ruptura com a lógica de exclusão da vítima no processo penal¹⁵⁴. André Giamberardino, ao seu turno, ressaltou que os juizados criminais não informalizaram a justiça penal como um todo e, em verdade, ampliaram o controle repressivo sobre casos antes ignorados pelo poder punitivo. O autor apontou que, na prática, a lei promoveu pouco impacto sobre a redução das penas e em relação à mitigação do princípio da obrigatoriedade da propositura da ação penal, pois a maioria dos delitos processáveis mediante ação penal incondicionada não estão sob a jurisdição dos juizados¹⁵⁵. No mesmo sentido, Leonardo Sica reforçou que os juizados especiais pouco contribuíram para remodelar o paradigma arcaico da justiça penal, pois seus objetivos utilitaristas e de desobstrução não trouxeram resultados expressivos em termos de ampliação da participação dos jurisdicionados na administração da justiça.

¹⁵³ O Enunciado nº 114 do FONAJE também expande a possibilidade de transação penal para além da audiência preliminar e até o final da instrução processual, evidenciando o enfoque na celeridade.

¹⁵⁴ Eventual acordo entre vítima e acusado ocorre antes do processo propriamente dito, o que mantém a estrutura processual tradicional que não autoriza a participação direta da vítima na condução do rito (tanto é que ela é representada por um advogado). ACHUTTI, Daniel Silva. **A crise do processo penal na sociedade contemporânea**: uma análise a partir das novas formas de administração da justiça criminal. Porto Alegre: Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, Dissertação, 2006, p. 17, 65.

¹⁵⁵ GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Crítica da Pena e Justiça Restaurativa...** Op. cit., p. 199-200.

Inclusive por esses motivos Sica pontuou que a transação penal e a conciliação previstas na Lei nº 9.099 de 1995 não podem ser incluídas no conceito de práticas restaurativas¹⁵⁶

Depois de 1995, os espaços de consenso no âmbito penal foram formalmente potencializados pelo legislador, estendendo-se, por exemplo, a casos de delitos de trânsito que se enquadrassem nos parâmetros da referida e aos casos de crimes ambientais de menor potencial ofensivo (arts. 27 e 28 da Lei nº 9.605 de 1998)¹⁵⁷. Em termos gerais, a política judicial de ampliação do uso de práticas autocompositivas é adotada pelo CNJ desde 2006¹⁵⁸, mas a autocomposição sempre foi prática comum na Justiça do Trabalho¹⁵⁹.

Mesmo com a formalização da referida política, a Resolução nº 125 de 2010 do CNJ, é tida como marco do comprometimento judicial em investir na autocomposição, prevendo a criação dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC's). A partir de então, organizou-se um movimento institucional de capacitação em massa de mediadores para aprimorar a administração de conflitos e escoar demandas aos CEJUSC's, onde seriam realizadas as práticas autocompositivas.

Pela capacitação e certificado, os interessados deveriam atuar como mediadores em um determinado número de audiências, hoje estabelecido em horas¹⁶⁰. Esse período, chamado de estágio, não é, em regra, remunerado. Dessa forma, o judiciário pôde contar com o auxílio de terceiros voluntários que, durante seu treinamento, conduzem práticas de conciliação e mediação em casos reais, possibilitando que as pessoas solucionem em horas casos que tramitariam processualmente por anos, afinal, após a celebração de um acordo, o juiz responsável, atestando sua legalidade, o homologa e põe fim ao processo¹⁶¹.

¹⁵⁶ SICA, L. **Bases para o modelo brasileiro de justiça restaurativa**. Em: Slakmon, Catherine; Machado, Maíra Rocha; Bottini, Pierpaolo Cruz. (Org.). *Novas direções na governança da Justiça e da Segurança*. Brasília: Ministério da Justiça, v. 1, p. 455-490, 2006, p. 472-473.

¹⁵⁷ GIACOMOLLI, Nereu José. **Legalidade, Oportunidade e Consenso no Processo Penal**: na perspectiva das garantias constitucionais. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2006, p. 309.

¹⁵⁸ BRASIL. **Justiça em números 2017**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2017, p. 125.

¹⁵⁹ Principalmente em razão da cultura das negociações sindicais, celebração de acordos coletivos, e existência das Juntas de Conciliação e Comissões de Conciliação Prévia. “art. 625-D. Qualquer demanda de natureza trabalhista será submetida à Comissão de Conciliação Prévia se, na localidade da prestação de serviços, houver sido instituída a Comissão no âmbito da empresa ou do sindicato da categoria”. Em: BRASIL. **Decreto-lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943**. Brasília: Congresso Nacional, 1943.

¹⁶⁰ Segundos os Parâmetros para a Capacitação de Conciliadores e Mediadores Judiciais do CNJ, a capacitação conta com um total de 100 horas de supervisão, sendo 40 horas teóricas e 60 horas práticas, estas cumpridas com a atuação do estagiário como conciliador em audiências. Em: BRASIL. **Parâmetros para a Capacitação de Conciliadores e Mediadores Judiciais**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2018. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2015/11/f77e921c7630dcc34e5d09519457e05f.pdf>. Acesso em 23 de setembro de 2018.

¹⁶¹ O art. 1º da Resolução nº 125 de 2010 do CNJ, dispõe que: São princípios fundamentais que regem a atuação de conciliadores e mediadores judiciais: confidencialidade, decisão informada, competência, imparcialidade I - Confidencialidade - dever de manter sigilo sobre todas as informações obtidas na sessão,

A recepção dessas práticas dialógicas pelo sistema judicial não foge à lógica de conformidade com a legalidade e da necessidade de chancela dos indivíduos por um profissional detentor da palavra autorizada. Neste sentido, rememora-se um importante fator que o sequestro institucional da titularidade do conflito esteve vinculado à profissionalização de seus resolutores, que acarretou na criação de classes de especialistas aptos a gerir os conflitos em que houvesse intervenção institucional¹⁶².

Portanto, o discurso institucional respalda o incentivo à autocomposição e à JR com base nas bandeiras da emancipação, da pacificação e do empoderamento individual, mas mantém a última palavra nas mãos dos operadores do direito, preservando o ideal do sujeito de direito e a imperiosidade do respeito à lei. Em relação à JR, o que o sistema de justiça se propõe a fazer é conformar uma abordagem de transformação de conflitos de base comunitária ao sistema estatal já posto, atentando-se a questões antes ignoradas, como a pauta subjetiva e relacional vinculada ao conflito, mas sem deixar de moldar essa abordagem e seus resultados conforme o ordenamento jurídico (ordem estatal).

Em 2015, em face do reconhecimento da autocomposição como meio eficiente de resolução de conflitos, o Congresso Nacional aprovou dispositivos abarcando o tema no Novo Código de Processo Civil (NCPC, ou Lei 13.105 de 16 de março de 2015), promulgando, no mesmo ano, a Lei da Mediação (Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015), e convocando todas as instituições a estimularem a sua prática. No art. 174 do NCPC, por exemplo, determinou-se que os entes federativos deveriam criar câmaras de mediação com atribuição para promover soluções consensuais em conflitos envolvendo o Poder Executivo.

Outra escolha relevante do legislador foi estipular no art. 334, *caput*, §4º, incisos I e II, do NCPC que, tão logo ajuizada a ação e verificadas as suas condições de admissibilidade, antes da abertura de prazo para contestação da petição inicial, o réu seria citado para participar de audiência conciliatória, a qual só deixaria de ser realizada caso ambas as partes, expressamente, manifestassem desinteresse, ou se tal medida não fosse legalmente admissível na situação concreta. Essa opção representa uma positivação pautada na eficiência, pois se pelo menos um dos conflitantes está disposto a dialogar, a única maneira institucional de potencializar as chances de um consenso e, consequentemente,

salvo autorização expressa das partes, violação à ordem pública ou às leis vigentes, não podendo ser testemunha do caso, nem atuar como advogado dos envolvidos, em qualquer hipótese; , independência e autonomia, respeito à ordem pública e às leis vigentes, empoderamento e validação (...) . BRASIL. Resolução nº 125 de 29 de novembro de 2010... Op. cit.

¹⁶² CHRISTIE, Nils Conflict as property... Op. cit, p. 3.

responder rapidamente ao litígio, é oportunizar um espaço seguro de interação no qual os envolvidos poderão dialogar, mesmo que um deles, inicialmente, seja obrigado a comparecer a este espaço.

Em tal contexto, o custo oportunidade institucional de ceder um mediador, geralmente voluntário, um espaço para a mediação, um juiz coordenador e alguns servidores para monitoramento das mediações, é baixo quando se aventa a possibilidade de construir respostas a litígios em poucas horas. Ainda, um acordo de mediação judicialmente homologado tem a validade de uma sentença (título executivo judicial). Na prática, embora muitos advogados apenas acrescentem na petição inicial a manifestação de desinteresse de seus clientes pela mediação, em 2018, 16,7% das sentenças terminativas de processos de conhecimento em primeiro grau foram homologações de acordos celebrados frutos de autocomposição¹⁶³.

Fica claro que o Estado, mesmo com uma estrutura que depende da centralização do poder, introduziu em seu sistema de justiça, como ferramentas de otimização de gestão, instrumentos dialógicos de administração de conflitos. A política institucional de incentivo ao uso de técnicas dialógicas de resolução de controvérsias também foi acompanhada pelo discurso de empoderamento dos indivíduos, promoção da eficiência e busca pela paz.

Neste sentido, a Resolução nº 225 do CNJ, que trata da regulamentação de práticas restaurativas no âmbito judicial, expôs que sua elaboração foi realizada considerando a necessidade de aprimoramento das respostas às demandas sociais e objetivando a promoção da paz, ressaltando que a tutela de conflitos deveria atentar-se a aspectos relacionais e comunitários que contribuem para o surgimento de embates¹⁶⁴. Esse é indicativo fundamental de que o sistema de justiça, ao menos normativamente, mostra-se permeável a explorar o potencial integrador e inclusivo da JR em termos socioestruturais.

As práticas dialógicas, antes negadas e afastadas pelo plano institucional, são reavivadas e discursivamente fomentadas pelo plano institucional para serem “renaturalizadas” pelos cidadãos, cuja mentalidade majoritária ainda associa justiça à tutela estatal verticalizada. Atrelado a isso, o sistema de justiça se reinventa operacionalmente para atender uma demanda crescente, oferecendo uma via ser mais célere e que pode gerar maior satisfação aos indivíduos, afinal, são eles quem constroem as soluções.

Ressalta-se que ao recepcionar a mediação na seara penal, o Estado Brasileiro não abandona a gestão do conflito, mas compartilha a responsabilidade de desenhar a solução

¹⁶³ BRASIL. **Justiça em números 2019**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2019, p. 142.

¹⁶⁴ BRASIL. **Resolução nº 225, de 31 de maio de 2016**... Op. cit., 2016.

com os jurisdicionados, nos limites da moldura da legalidade. Tal legalidade é, portanto, o pano de fundo não apenas das negociações realizadas durante a mediação em sentido amplo, e ela também limita e conduz a atuação do mediador enquanto um agente público. A autocomposição, porém promove uma reinvenção significativa em termos de controle social, pois ela decodifica a linguagem legal e aproxima dos jurisdicionados, associando a norma jurídica como balizadora dos problemas mais íntimos vivenciados pelos conflitantes e facilitando a assimilação de seu conteúdo por eles.

A mediação é criativa, ela permite que se decida para além do direito, mas, no contexto do sistema de justiça, jamais contra ele. O detentor da palavra autorizada então continua presente, à espreita da abordagem dialógica, e será ele quem, cotejando os termos de eventual acordo com a sua leitura do conteúdo da lei, (in)validará a resposta que as partes de fato no conflito pretendam submeter ao plano institucional.

A apropriação da mediação pelo plano institucional é uma questão de sobrevivência da legitimidade do sistema de justiça a longo prazo e por isso o discurso institucional está se adaptando para fazer com que a aplicação da lei ocorra de outra maneira, mas sem que o Estado Juiz abdique da palavra final ou da lógica de profissionalização dos novos trabalhadores de conflitos (mediadores), que continuam tendo a atuação regulamentada e controlada pelo Estado.

Essa movimentação institucional pela autocomposição ainda não promoveu uma virada de Copérnico em relação ao modo como Estado responde à prática da maioria dos crimes. Nessa linha, é importante considerar a aprovação da Lei nº 13.964 de 24 de dezembro de 2019, conhecida como “Pacote Anticrime”. A norma produziu uma série de alterações no direito penal material e processual penal, aumentando os limites máximos das penas privativas de liberdade em 10 anos (de trinta para quarenta), bem como aumentando o rigor do regime disciplinar diferenciado na execução penal, ao estender-lhe por até dois anos, da mesma forma que amplia o período necessário para a progressão de regime em relação a determinadas práticas delitivas.

Em que pese o reconhecimento generalizado da falência da prisão enquanto instituição regeneradora ou eficaz para conter a criminalidade, inclusive porque os crimes continuam sendo praticados ou coordenados de dentro delas, o aumento da severidade das penas foi fundamentado no discurso da intolerância contra a “impunidade” e na necessidade de reação enérgica em face dos autores de crimes, reiterando a lógica de segregação dos indesejados. Nesse aspecto, Rafson Saraiva Ximenes e André Lima Cerqueira apontaram que a lei ignorou o fato do Brasil ocupar o 3º lugar no ranking mundial de pessoas presas e

que a população carcerária dobrou nos últimos 15 anos¹⁶⁵. Tais autores apelidaram o pacote de “lei de duas cabeças”, pois o perfil punitivista no campo do direito penal e da execução penal contrasta com os avanços processuais rumo à consolidação de um CPP de matriz acusatória e com a adoção de alternativas ao processo, temática que será aprofundada no capítulo direcionado ao estudo do processo penal.

Quanto à fase de investigação (pré-processual), a lei, inspirada pela Resolução nº 181 de 2017 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), positivou o “acordo de não-persecução penal” (ANPP), que é negócio jurídico o qual pode ser firmado entre Ministério Público e investigado se este confessar a autoria de delito, que tenha sido praticado sem violência ou grave ameaça, e cuja pena mínimo seja inferior a 4 (quatro) anos. Esse acordo não poderá ser celebrado em: **(i)** casos nos quais é cabível transação penal, **(ii)** que o investigado for reincidente ou quando houver indícios de práticas criminosas habituais as quais não sejam “insignificantes” (a lei não esclarece esse conceito), **(iv)** que o investigado tenha sido beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo; e **(v)** casos de crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino.

Dentre as condições, cumulativas ou alternativas, que podem ser previstas no acordo, estão: **(i)** a reparação do dano ou restituição da coisa à vítima, **(ii)** a renúncia voluntária dos bens e direitos indicados pelo MP como instrumentos, produtos ou proveitos do crime, **(iii)** a prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas por período equivalente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, conforme o art. 46 do CP; **(iv)** o pagamento de prestação pecuniária, conforme art. 45 do CP, a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha como função, preferencialmente, proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; **(v)** cumprir, por prazo determinado, outra condição a ser indicada pelo MP que seja proporcional e compatível com a infração penal imputada

A análise desse instituto e as modificações que a lei introduziu em relação à Resolução nº 181 de 2017 serão aprofundadas no próximo capítulo, por hora é interessante

¹⁶⁵ XIMENES, Rafson Saraiva; CERQUEIRA, André Lima. **Pacote anticrime, a lei de duas cabeças.** Salvador: Correio, 07 de janeiro de 2020. Disponível em: <https://www.correio24horas.com.br/noticia/nid/pacote-anticrime-a-lei-de-duas-cabecas/>. Acesso em 09 de jan. de 2020.

notar que, embora o acordo seja firmado entre MP e investigado, o caráter genérico do inciso V do art. 28-A do CPP, acrescentado pela nova lei, abre uma gama de possibilidades para a inserção de mecanismos autocompositivos como formas alternativas à tutela penal de crimes comuns, para além do procedimento penal sumaríssimo. Havendo interesse do investigado em participar de prática restaurativa e a adesão da vítima nesse sentido, nada impediria que o promotor destinasse o caso a programa restaurativo cujo resultado, acordado pelos envolvidos no caso penal, fosse utilizado como parâmetro para os termos do ANPP.

Atentando-se para o fato de que as condições do ANPP podem ser alternativas, caso a vítima ou autor da ofensa desista de participar das práticas restaurativas, em atenção ao seu caráter voluntário, ou não se atinja um consenso, nada impede que o promotor preveja uma condição alternativa, assegurando assim a autenticidade das interações restaurativas e evitando uma persecução penal no caso concreto. Nesse aspecto, permite-se que mediação em sentido amplo seja utilizada como meio para concretizar a negociação, inserindo a vítima no processo decisório relativo ao ANPP e permitindo uma experiência democrática inclusiva para a consolidação de respostas restaurativas a casos penais como o furto, simples ou qualificado, e o estelionato, por exemplo.

No campo penal, que o ramo mais violento do direito, tem-se ainda, apesar das referidas aberturas legais, uma grande resistência à assimilação das abordagens dialógicas de transformação de conflitos. Um dos argumentos para tanto é o da não contaminação da racionalidade jurídica procedimental (com pretensão de previsibilidade) com pautas subjetivas que poderiam incitar a violência, o que é um dos sintomas da cultura de afastamento da vítima. Outro é que os delitos abarcados pelo procedimento ordinário e sumário são mais graves e produzem maior alarme social, demandando um tratamento público mais severo que justificaria, em conjunto com os pressupostos de isonomia, a (já mitigada) obrigatoriedade do ajuizamento da ação penal e a indisponibilidade do processo. Como a nova lei confirmou, os crimes que implicam em violência física ou ameaça ainda são entendidos reprováveis somente mediante a tutela penal. Curiosamente, são essas situações que talvez mais demandem ressignificação e respostas por parte das vítimas pelo maior potencial intrusivo em suas esferas físicas e subjetivas.

O aspecto cultural e social da discussão é complexo demais para ser abordado com maior profundidade em um trabalho de cunho eminentemente jurídico, ainda que este seja indissociável do quadro que se buscou retratar. Até o momento, este capítulo operou apenas como uma contextualização prévia para se discutir a institucionalização das práticas

restaurativas no Brasil. No que toca a eventual diálogo da JR com o processo penal no âmbito do procedimento comum para além do rito sumaríssimo, buscou-se demonstrar que a lógica penal é adversa à racionalidade dialógica da JR e que o sistema penal consolidou-se com o suporte inicial mas à custa da rejeição da autocomposição como meio para responder a casos penais.

Para ilustrar as reflexões traçadas até aqui, finalizaremos o presente capítulo tratando do estado da arte das tendências da institucionalização da JR no Brasil, relacionando com o conteúdo já abordado.

1.5 Até onde chegamos: um panorama sobre a institucionalização da justiça restaurativa no Brasil e sua instrumentalização gerencial pelo sistema penal

As narrativas de resgate da ancestralidade e o apelo popular por representatividade no sistema judicial, presentes nos movimentos de institucionalização da JR nos EUA e na Nova Zelândia, são variáveis que contrastam com a apropriação institucional das práticas restaurativas no Brasil. Em que pese a relevância da importação teórica e discursiva tanto dos estudiosos europeus quanto norte-americanos, a regra ainda é o uso marginal das práticas restaurativas na seara penal brasileira, havendo o seu direcionamento como forma qualificada de reprovação dos atos do ofensor e baixa inclusão do ofendido nos procedimentos restaurativos¹⁶⁶.

Sobre o “estado da arte” dos programas restaurativos vinculados Judiciário Brasileiro, entre outubro de 2016 a junho de 2017 foi realizada a pesquisa “Pilotando a Justiça Restaurativa: o papel do poder judiciário”, cuja análise revisitou o histórico desses programas, seu âmbito de incidência, seus referenciais teóricos e suas características¹⁶⁷. O levantamento se baseou em visitas às sedes físicas dos programas, entrevistas com participantes e colaboradores bem como análises documentais nas cidades de Porto Alegre, Caixas do Sul, Lajeado, Novo Hamburgo e Santa Maria (Rio Grande do Sul), Salvador

¹⁶⁶ ANDRADE, Vera Regina Pereira de (org). **Pilotando a Justiça Restaurativa: o papel do poder judiciário**. Em: Justiça Pesquisa, Direitos e Garantias Fundamentais. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2018, p. 143, 151.

¹⁶⁷ As perguntas norteadoras da pesquisa foram: “a) Qual o “estado da arte” (o rosto) da Justiça Restaurativa judicial no Brasil e dos programas por ela pilotados?; b) Como é desenvolvida: quais são marcos teóricos (concepção) metodológicos, objetivos e metas? E com quais recursos humanos e materiais foram utilizados?; c) Onde: em quais espaços se desenvolve e quais são suas competências? d) O quê e quem: que condutas e pessoas alcança?; e) Qual sua posição em relação à justiça penal e Infantojuvenil ou infracional? Trata-se de um novo paradigma de justiça? Que relação está se estabelecendo entre a Justiça Restaurativa e a justiça vigente?; f) Quais os principais desafios da Justiça Restaurativa para a concretização dos seus objetivos?” Em: ANDRADE, Vera Regina Pereira de (org). **Pilotando a Justiça Restaurativa...** Op. cit., p.23-32.

(Bahia), Florianópolis (Santa Catarina), São Paulo capital, Santos, Laranjal Paulista, Tatuí, Tietê (São Paulo), Belo Horizonte (Minas Gerais), Recife (Pernambuco) e na região administrativa de Planaltina (Distrito Federal). Nas demais localidades da federação foi priorizada a pesquisa por meio virtual, ou telefônico, com base no método “*deskreview*”¹⁶⁸

No início do relatório, aponta-se que a JR judicial brasileira está sendo operada a partir de uma finalidade de redução procedimental, como uma técnica de resolução de conflitos para amenizar os sintomas da crise de legitimidade que afeta o sistema de justiça penal. Somado a isso, as práticas são norteadas pelos princípios da celeridade e pela perspectiva paradoxal de incrementar o modelo punitivo, o que é agravado pela sua associação majoritária com casos de baixa complexidade¹⁶⁹.

O relatório apontou para a existência de programas de JR em 19 estados brasileiros, ressaltando que muitas iniciativas não foram incluídas por serem recentes, de maneira que o documento teria um caráter ilustrativo. Nesse universo, constatou-se que as práticas restaurativas estão sendo executadas majoritariamente na modalidade de círculos de construção de paz, estando mais restritas às seguintes áreas do Poder Judiciário: juizados especiais, juizados da infância, juizados do torcedor, juizados da violência doméstica (via de regra na fase processual) e na execução penal. A atuação restaurativa pré-processual ainda é exceção, sendo indicada na pesquisa como presente nos programas restaurativos do Estado de Pernambuco, São Paulo, Acre, Rondônia e Santa Catarina, e vinculadas a situações envolvendo infrações cometidas por adolescentes ou questões escolares¹⁷⁰.

Sobre os riscos do uso das práticas restaurativas apenas na fase de execução penal, Rafaella Pallamolla e Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo alertam que essa opção pode estender a rede de controle formal do sistema penal, provocando uma reprovação sobreposta à pena que já está sendo cumprida¹⁷¹. Por esse motivo os autores entendem que devem ser privilegiados programas que atuam logo no início ou previamente ao processo penal, afinal isso facilitaria a adoção de um caráter alternativo entre JR e justiça penal convencional. Leonardo Sica também ponderou que a sobreposição entre JR e processo formal é problemática em virtude da diversidade de lógicas entre ambos, havendo uma tendência pela justiça penal de acrescentar os combinados de eventual acordo restaurativo aos

¹⁶⁸ “Coleta de informação sobre o assunto, a partir de fontes secundárias ou de outras pesquisas já realizadas, com o objetivo de adquirir um entendimento genérico sobre o tema. Em: ANDRADE, Vera Regina Pereira de (org). **Pilotando a Justiça Restaurativa...** Op. cit., p. 23, 40.

¹⁶⁹ ANDRADE, Vera Regina Pereira de (org). **Pilotando a Justiça Restaurativa...** Op. cit., p. 37.

¹⁷⁰ ANDRADE, Vera Regina Pereira de (org). **Pilotando a Justiça Restaurativa...** Op. cit., p. 42-44, 116.

¹⁷¹ AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de; PALLAMOLLA, Rafaella da Porciuncula. Alternativas de Resolução de Conflitos e Justiça Restaurativa no Brasil. **Revista USP**, São Paulo: n. 101, p. 173-184, março/abril 2014, p. 177.

termos punitivos da sentença¹⁷². Assim, Pallamolla e Ghiringhelli ressaltam que o cumprimento do acordo restaurativo deve ser considerado na sentença para aplacar a punição, pois ele já é uma demonstração da assimilação da reprovabilidade do ato cometido.

As experiências restaurativas contemporâneas começaram seu desenvolvimento na relação entre comunidades nativas e a justiça penal entre as décadas de 1970 até 1980. Com a ampliação da produção teórica sobre a JR entre 1980 e 1990 houve uma expansão internacional dos estudos em JR, impulsionado pelas publicações de Zehr. Nos primeiros anos do século 21, durante o amadurecimento teórico relativo à JR, as práticas associadas a ela passam a ser timidamente adotada por alguns programas judiciais no Brasil¹⁷³. O relatório “Pilotando a Justiça Restaurativa” apontou as experiências de Porto Alegre (RS), São Caetano do Sul (SP) e do Distrito Federal (DF) como pioneiras no país, tendo iniciado entre 2004 e 2005 com o posterior apoio da Secretaria de Reforma do Judiciário, do Ministério da Justiça, e do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento que, em parceria com a Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul (AJURIS), criaram o programa “Justiça para o Século 21” para difundir a JR pelo Brasil¹⁷⁴.

As práticas no Núcleo Bandeirantes do Distrito Federal foram iniciadas em 2004 e, ao contrário dos demais projetos pioneiros, que tinham como enfoque o uso de práticas circulares restaurativas com adolescentes em conflito com a lei, sua metodologia de referência foi a mediação vítima-ofensor aplicada a conflitos envolvendo adultos e crimes mais leves. Em relação aos programas paulistas, entre 2006 e 2007 eles foram ampliados a atendimentos pré-processuais na comunidade e para a aplicação de círculos de construção de paz nas escolas, sendo estendidos às cidades de Guarulhos, Santos e Tatuí¹⁷⁵.

Em 2006, o Instituto Latino-Americano das Nações Unidas para a Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquentes apresentou relatório sobre a sistematização e avaliação das experiências brasileiras judiciais em JR, tomando como base os três programas pioneiros¹⁷⁶. A conclusão foi que, por serem realizadas em paralelo aos processos, as práticas restaurativas resultavam em respostas institucionais ainda mais gravosas aos conflitos, adicionando obrigações a serem suportadas pelos ofensores. A advertência do

¹⁷² SICA, L. **Bases para o modelo brasileiro de justiça restaurativa...** Op. cit., p. 472.

¹⁷³ ANDRADE, Vera Regina Pereira de (org). **Pilotando a Justiça Restaurativa...** Op. cit., p. 19.

¹⁷⁴ BRANCHER, Leoberto. **A paz que nasce de uma nova justiça**. Caxias do Sul: Ajuris, TJRS, 2014, p. 16; ANDRADE, Vera Regina Pereira de (org). **Pilotando a Justiça Restaurativa...** p. 102-104.

¹⁷⁵ ANDRADE, Vera Regina Pereira de (org). **Pilotando a Justiça Restaurativa...** Op. cit., p. 103-105.

¹⁷⁶ As quatro perguntas estruturantes da pesquisa feita foram: “1) Qual a concepção de Justiça Restaurativa adotada? 2) O que se pretende? 3) Quem participa? e 4) Como é feita a gestão?”. Em: ANDRADE, Vera Regina Pereira de (org). **Pilotando a Justiça Restaurativa...** Op. cit., p. 105.

relatório foi que os programas não deveriam conceber as práticas restaurativas apenas como técnicas de gestão de conflitos, mas também como um ideal diferenciado de justiça, que pressupõe o envolvimento popular na busca de reflexões e reações integradores às práticas delitivas, servindo de alternativa à tutela penal.

Em crítica adicional, Leonardo Sica constatou, em relação ao projeto de São Caetano do Sul, que adolescentes infratores eram submetidos a conferências familiares muitas vezes por fatos atípicos e em razão de objetivos disciplinares do próprio programa¹⁷⁷. Percebeu-se, portanto, uma instrumentalização das ditas propostas restaurativas para reforçar a reprovação dos atos ofensivos cometidos configurando, na prática, um *bis in idem* e a domesticação da JR pelo sistema penal. Esse tipo de viés, portanto, vai de encontro à revolução paradigmática que a JR se propõe a fazer na justiça penal, bem como ofusca um de seus principais objetivos: resgatar a importância e papel ativo na vítima para a superação do conflito.

Sobre o programa do Distrito Federal, Laiza Mara Spagna constatou, após observações etnográficas, que haviam situações que os acordos obtidos eram percebidos como forçados, havendo pouca exploração das dimensões morais dos conflitos e divergências drásticas entre as percepções dos agentes do projeto e dos participantes¹⁷⁸. Assim, não raro, a postura institucional de escoamento de demanda e a cobrança dos agentes institucionais em relação a resultados, que, em relação às práticas restaurativas, são comum e erroneamente atrelados apenas ao número de acordos, leva, por vezes, à adoção de posturas interventivas pelos facilitadores, o que compromete a espontaneidade e autenticidade dessas práticas. Nessa mesma linha, Leonardo Sica ponderou que faz-se necessário desvincular a práticas restaurativa do resultado final “acordo”, pois isso favorece a sua instrumentalização pelo processo penal e, ainda, porque ela não é um meio e sim uma atividade fim para alcançar soluções que indiquem a desnecessidade da tutela repressiva¹⁷⁹.

Sobre a gestão dos projetos, o relatório registrou os seguintes desafios para a superação dos problemas apontados:

(a) a resistência das vítimas em aderir ao procedimento; (b) a pequena participação da comunidade nos procedimentos; (c) a determinação taxativa de apenas alguns casos passíveis de atendimento, em geral infrações de pequeno potencial ofensivo; e (d) a dificuldade de articulação de equipes de atendimento

¹⁷⁷ SICA, L. **Bases para o modelo brasileiro de justiça restaurativa...** Op. cit., p. 472-473.

¹⁷⁸ AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de; PALLAMOLLA, Rafaella da Porciuncula. **Alternativas de Resolução de Conflitos e Justiça Restaurativa no Brasil...** Op. cit., p. 182.

¹⁷⁹ SICA, L. **Bases para o modelo brasileiro de justiça restaurativa...** Op. cit., p. 463.

permanentes, as quais se encontravam ou dependentes de voluntários ou de servidores com múltiplas atribuições¹⁸⁰.

Em 2010, com o financiamento da UNESCO e recursos do programa Criança Esperança, o projeto “Justiça para o Século 21” articulou viagens da instrutora norte-americana Kay Pranis, responsável por estruturar e difundir a abordagem dos “círculos de construção de paz”, pelas capitais do Brasil, divulgando tal modalidade pelo país¹⁸¹.

Com a notoriedade das referidas experiências, orientadas majoritariamente à área da criança e do adolescente, os Tribunais Estaduais de Goiás, Mato Grosso do Sul, Maranhão, Pernambuco, Piauí, Sergipe, Acre, Pará, Minas Gerais, São Paulo, Rio Grande do Sul e Santa Catarina implementaram programas de JR sob a supervisão da Coordenação da Infância e da Juventude, motivados pela Lei nº 12.594, de 2012, que instituiu o SINASE. Nesse aspecto, verificou-se que não há uniformidade entre os tribunais em relação ao órgão de supervisão dos programas de JR, estando alguns vinculados às coordenadorias da infância e outros a Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (NUPEMEC's). As áreas de desenvolvimento da JR também são diversas de tribunal para tribunal e o mesmo se aplica ao seu alcance interinstitucional que, em estados como São Paulo, Paraná e Rio Grande Sul, se estende para os departamentos de polícia, escolas e serviços públicos¹⁸².

Em 2013, por exemplo, a Secretaria Municipal de Segurança Pública e Proteção Social, o Juizado da Infância e Juventude, a Promotoria da Infância e Juventude, a Defensoria da Infância e Juventude, a Brigada Militar, a Polícia Civil e a Guarda Municipal de Caxias do Sul celebraram protocolo operacional prevendo esforços para promover o atendimento restaurativo de adolescentes envolvidos em atos infracionais de menor potencial ofensivo, criando-se a “Central de Práticas Restaurativas da Infância e da Juventude”¹⁸³. No mesmo ano, Caxias do Sul organizou um Conselho Gestor da Política de Pacificação Restaurativa¹⁸⁴ e, em 2014, a Câmara de Vereadores da cidade promulgou a Lei Municipal nº 7.754, instituindo o “Programa Municipal de Pacificação Restaurativa”.

¹⁸⁰ ANDRADE, Vera Regina Pereira de (org). **Pilotando a Justiça Restaurativa...** Op. cit., p. 106.

¹⁸¹ BRANCHER, Leoberto. **A paz que nasce de uma nova justiça...** Op. cit., p. 18-19.

¹⁸² Como é o caso de Caxias do Sul (RS), Ponta Grossa (PR) e Santos (SP), culminando em um movimento de municipalização da JR. ANDRADE, Vera Regina Pereira de (org). **Pilotando a Justiça Restaurativa...** Op. cit., p. 45.

¹⁸³ BRANCHER, Leoberto. **A paz que nasce de uma nova justiça...** Op. cit., p. 21.

¹⁸⁴ Esse conselho é integrado pela “Secretaria Municipal de Segurança Pública e Proteção Social, pelo Centro Judiciário de Resolução de Conflitos e Cidadania, pela Fundação Caxias do Sul e pela Universidade de Caxias do Sul. Em: BRANCHER, Leoberto. **A paz que nasce de uma nova justiça...** Op. cit., p. 23.

Movimento de municipalização muito semelhante ocorreu na cidade de Ponta Grossa (PR), fomentado pelo Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC). As práticas restaurativas chegaram às escolas e à guarda municipal, tendo o CEJUSC feito uma parceria com a Delegacia da Mulher e a Vara da Violência Doméstica para atender casos de violência de gênero por meio de círculos restaurativos e oficinas temáticas com homens e mulheres. O nome deste projeto é “Circulando Relacionamentos”, ele está ativo desde abril de 2015 e tem como objetivo propiciar um espaço seguro para reflexões sobre o machismo, violência de gênero, relacionamentos e superação do ciclos de violência doméstico¹⁸⁵.

Em 2014, no Colégio Estadual Prof. João Ricardo von Borell du Vernay, o CEJUSC de Ponta Grossa (PR) implementou o projeto “Escola Restaurativa”, no qual círculos de construção de paz são utilizados para promover reflexões entre jovens e para viabilizar respostas restaurativas à violência escolar. De 2014 a 2019, mais de 1700 estudantes participaram de círculos e mediações escolares, tendo os índices de violência reduzido drasticamente desde a implementação do projeto, baseado na iniciativa de Caxias do Sul¹⁸⁶. No ano de 2016, a Câmara de Vereadores de Ponta Grossa promulgou a Lei Ordinária nº 12.674, dispondo sobre a “Política Pública de Implantação do Programa Municipal de Práticas Restaurativas”.

A heterogeneidade dos programas de JR nos polos brasileiros reitera que ela “nasceu das práticas e da experimentação, e não de abstrações e teorias”, as quais chegaram posteriormente para lhe conferir significado e sistematização¹⁸⁷. Leonardo Sica também pontuou que “mais do que uma teoria ainda em formação, a justiça restaurativa é uma prática ou, mais precisamente, um conjunto de práticas em busca de uma teoria”¹⁸⁸. O preço a ser pago por isso é que, em virtude de tal definição a JR corre o risco de ser marca aplicada indiscriminadamente a iniciativas inovadoras que não guardam nenhuma semelhança com princípios e elementos precursores de empoderamento, inclusão da vítima no processo decisório e recrudescimento da violência institucional como resposta crime. Esse problema leva à banalização da JR que, por ser associada a propostas, por vezes, antagônicas, perde a identidade.

¹⁸⁵ GOMES, Jurema Carolina da Silveira; GRAF, Paloma Machado. **Circulando Relacionamentos**. Ponta Grossa: Prêmio Innovare, 2017. Disponível em: <https://www.premioinnovare.com.br/pratica/2368/print>. Acesso em 03 de fev. de 2020.

¹⁸⁶ GUEDES, Patrícia. **Colégio Borell adota práticas da justiça restaurativa contra violência na escola...** Op. cit.

¹⁸⁷ ANDRADE, Vera Regina Pereira de (org). **Pilotando a Justiça Restaurativa...** Op. cit., p. 63.

¹⁸⁸ SICA, Leonardo. **Justiça Restaurativa e Mediação Penal: O Novo Modelo De Justiça Criminal e de Gestão do Crime**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 10.

Como um exemplo claro disso tem-se as proposta de grupos reflexivos para homens autores de violência doméstica que em momento algum incluem a vítima no seu programa, e por mesclarem palestra temáticas com técnicas como os círculos de construção de paz, que possuem aplicação mais ampla do que a transformação de conflitos, intitulam-se erroneamente de práticas restaurativas. Isso elucida outra armadilha conceitual que é a associação da JR com práticas de reeducação, o que foge completamente do seu aspecto dialógico e de respeito à diversidade. Ainda que tenham certo impacto na reincidência e mesmo que possam conter o poder punitivo, essas propostas não se confundem com práticas restaurativas.

Além disso, de acordo com o relatório “Pilotando a justiça restaurativa”, a heterogeneidade dos programas no Brasil é marcada pela apropriação judicial da JR e sua utilização estratégica como ferramenta de gestão de conflitos na maioria dos casos. Considerando o estágio inicial de muitas iniciativas, não se pode tomar como parâmetro a municipalização e integração interinstitucional atingidas em algumas comarcas, ainda assim, a associação da JR com casos menos complexos, reflete uma concepção minimalista que reforça a legitimidade do modelo repressivo penal, o qual é mantido como tutela principal¹⁸⁹. O uso do potencial efetivo da JR parece depender mais de um “projeto de reconstrução da regulação social” do que o oferecimento de medidas alternativas à pena em situações de menor relevância pública¹⁹⁰.

A inserção de práticas restaurativas em espaços que discurso permaneça vinculado à racionalidade punitiva é arriscado justamente pela sua corrupção como forma de expandir o direito penal, enquanto a hipertrofia atual deste convida o sistema de justiça e a população a pensarem novas formas de agir perante o crime, e não novas tecnologias para reavivar uma lógica falida¹⁹¹. Como lembrou Sica, trabalhar com JR não é mexer no tamanho do sistema penal, mas sim em sua forma essencial. Dessa maneira, criar um discurso teórico próprio para a JR pode contribuir com a determinação das suas fronteiras e clarear elementos que devem ser intocados pelo sistema penal, ainda que a força gravitacional da racionalidade punitiva seja forte.

De acordo com o relatório “Pilotando a Justiça Restaurativa”, a implementação judicial da JR no Brasil foi impulsionada ainda mais com as Resoluções nº 125 de 2010 e 225 de 2016 do CNJ e dentre os principais marcos teóricos que a embasaram estão: (i) o

¹⁸⁹ ANDRADE, Vera Regina Pereira de (org). **Pilotando a Justiça Restaurativa...** Op. cit., p. 63.

¹⁹⁰ SICA, L. **Bases para o modelo brasileiro de justiça restaurativa...** Op. cit., p. 480.

¹⁹¹ SICA, Leonardo. **Justiça Restaurativa e Mediação Penal...** Op. cit., p. 8.

trabalho de Howard Zehr, com a proposta restaurativa de trocar as lentes da justiça criminal; **(ii)** de Kay Pranis com os círculos de construção de paz e **(iii)** de Marshall Rosenberg e Dominic Barter em relação à Comunicação não-violenta, todos sob o guarda-chuva conceitual da Cultura da Paz. Em relação aos programas analisados no relatório, conclui-se que eles são norteados mais pela empiria do que pela teoria, cuja apropriação pelos aplicadores de JR foi diagnosticada como deficitária. Nesse sentido, ao serem interpelados para esclarecer o marco teórico dos programas, a maioria dos colaboradores apenas descreveu a dinâmica operacional.¹⁹²

Outra constatação presente no relatório foi que as capacitações oferecidas pelos programas, por possuírem enfoque prático, deixaram de munir os cursistas e futuros aplicadores com um instrumental teórico que facilitasse a compreensão de suas ações e do programa do qual estavam participando. Em conclusão, a pesquisa apontou que os programas restaurativos brasileiros, ainda que influenciados pelas vertentes euro-americanas, não as reproduzem fielmente, tendo-as recriado e combinando com elementos locais e nacionais, a exemplo do enfoque na responsabilização do autor da ofensa sobre a qualidade da participação das vítimas.

No que toca ao âmbito procedimental das intervenções restaurativas, foi apresentada a seguinte divisão no relatório em relação aos programas analisados: **(i)** pré-processual (nas escolas, guarda municipal e serviços públicos das cidades); **(ii)** processual (no qual o juiz teria o poder seletivo para homologar ou modificar acordos, bem como decidir sobre a aplicação de penas e medidas socioeducativas, extinção da punibilidade, remissão, etc.) e **(iii)** pós-processual (na execução de penas, medidas alternativas à prisão e socioeducativas, além do acompanhamento das famílias dos presos e internados). Sobre as condutas abarcadas pelos programas, foi ressaltado que essas correspondem majoritariamente a crimes de menor potencial ofensivo, infrações e violências domésticas leves e médias, crimes tutelados no juizado do torcedor e, como exceção, atos infracionais, praticados por adolescentes, análogos à tentativa de homicídio, estupro, tráfico e furtos¹⁹³.

Sobre a participação das vítimas nos programas, constatou-se baixa adesão ou manutenção de vínculo com a iniciativa até o final. Dentre os motivos elencados estão: **(i)** a baixa condição econômica para custeio de deslocamento; **(ii)** descompasso entre o tempo necessário de preparo para os ofendidos decidirem se voluntariar e o tempo padrão dos projetos; **(iii)** não localização e/ou inadequação dos convites feitos pelos facilitadores; **(iv)**

¹⁹² ANDRADE, Vera Regina Pereira de (org). **Pilotando a Justiça Restaurativa...** Op. cit., p. 113-117.

¹⁹³ ANDRADE, Vera Regina Pereira de (org). **Pilotando a Justiça Restaurativa...** Op. cit., p. 119-124.

insegurança em relação ao contato com o responsável pela ofensa e (v) desejo que a responsabilização dos autores fosse realizada somente pela via penal. O encontro entre vitimados e responsáveis pela ofensa, embora tratado como uma meta dos programas analisado, também não é regra e, quando ocorre, sua realização se dá no ambiente dos fóruns, resultando em reparações eventuais que não são centrais para os programas¹⁹⁴.

Na situação dos supostos ofensores, a adesão é maior, mas não são aventados os motivos no relatório. Dentre as hipóteses para tanto foram apontadas: (i) a esperança de obtenção de algum benefício; (ii) a coação institucional implícita, referente ao temor quanto ao agravamento da situação; (iii) a probabilidade do evento não ter sido traumático para ele. Em razão do número considerável de projetos na seara da execução penal e do enfoque responsabilizador e preventivo como princípio central de uma ampla gama de programas restaurativos, também se concluiu que o olhar da JR brasileira é direcionado mais ao autor da ofensa do que para a vítima, o que contrasta com as teorias de Zehr. As duas principais perguntas norteadoras dos programas judiciais analisados no relatório são “de quem é a responsabilidade pelo ato danoso” e “o que se pode fazer para evitar a repetição dessa conduta”¹⁹⁵. Os programas, portanto, estão sendo, ainda que de modo não intencional, conduzidos por premissas prevencionistas, o que espelha a perspectiva do controle social (pseudo)informal.

No que toca aos resultados dos programas, a pesquisa indicou que eles são mensurados pelo número de acordos e pessoas atendidas. Indicadores qualitativos e condizentes com as pretensões restaurativas, principalmente na linha de Zehr, são exceções¹⁹⁶. O uso de questionários pelos quais se busca verificar a sensação da justiça, a qualidade da experiência de alteridade, a alteração de perspectivas, a avaliação dos serviços prestados, a inclusão de apoiadores e membros da comunidade nas práticas, a manifestação sobre a oportunidade para se expressar, todas esses pontos relevantes à ótica restaurativa cedem em face da mentalidade gerencial jurisdicional, com enfoque em resultados procedimentais.

As premissas de instrumentalização das práticas restaurativas como meios de desafogar o judiciário e aprimorar a gestão de casos menos complexos, tem levado a marginalização de sua aplicação a crimes de menor potencial ofensivo, afinal, o enfoque cultural na produção de aflição e reprovação do crime favorece a primazia da punição para

¹⁹⁴ ANDRADE, Vera Regina Pereira de (org). **Pilotando a Justiça Restaurativa...** Op. cit., p. 127, 138-139.

¹⁹⁵ ANDRADE, Vera Regina Pereira de (org). **Pilotando a Justiça Restaurativa...** Op. cit., p. 140.

¹⁹⁶ ANDRADE, Vera Regina Pereira de (org). **Pilotando a Justiça Restaurativa...** Op. cit., p. 130.

situações mais graves¹⁹⁷. Tal quadro é anda agravado pela vontade de conservação do poder dos operadores do direito em relação à intervenção institucional em casos penais.

Mesmo na maioria das situações em que são aplicadas, as práticas restaurativas se tornam ferramentas de controle social complementar, o que vai de encontro ao princípio da não dominação, apregoadado por Braithwaite, e à ideia de trocar as lentes em relação ao modo como se concebe a justiça. Como ressaltado no relatório, o estado da arte da JR judicial no Brasil não pode ser medido pela comparação abstrata com teorias produzidas em outras realidades¹⁹⁸, mas é fato que esses referenciais alertam quanto à cooptação penal da JR, e isso não parece estar recebendo a devida atenção.

Ao contrário das realidades anglo-saxãs, como EUA, Canadá e Nova Zelândia, e mesmo de algumas realidades latino-americanas, como no Peru, a institucionalização da JR foi vertical (de cima para baixo), partindo do plano estatal (internamente) aos cidadãos (externo). Não houve organização de movimentos unidos sob bandeiras do resgate cultural, dos direitos das vítimas ou mesmo para pleitear a reorganização do sistema de justiça. Não foi sequer elaborada uma narrativa, em nível macro institucional, que incentivasse a construção horizontal de programas restaurativos a partir, por exemplo, de consultas populares ou mesmo (de modo geral) conclamando as pessoas e comunidades a integrarem esses programas e participarem de sua elaboração.

O que o relatório fez inferir é que a apropriação das técnicas autocompositivas pelo Poder Judiciário foi voltada à reinvenção gerencial de casos, para resgatar a legitimidade do sistema de justiça perante a população, seja pela celeridade dos atendimentos (que é, inclusive, princípio previsto na Resolução nº 225 de 2016 do CNJ), seja porque os jurisdicionados tendem a permanecer mais satisfeitos com os resultados frutos de acordos. Uma das consequências desse reducionismo é a dependência e regulação da JR pelo sistema de justiça que se torna seu proprietário. Somado esse fator ao fato de que o campo de incidência das práticas restaurativas é a margem do sistema penal, a tendência é a expansão externa do controle social institucional, e não a expansão interna para a reformulação da tutela penal. Assim, a JR, que pressupõe o compartilhamento de responsabilidades e de poder, e que tem como premissa a potencializar a autonomia dos sujeitos, vê-se presa aos grilhões de uma cultura institucional paternalista e punitiva.

Os critérios para o encaminhamento de casos às práticas restaurativas são fundamentais para sistematizar os programas e iniciativas, e considerando a cultura

¹⁹⁷ SICA, Leonardo. **Justiça Restaurativa e Mediação Penal...** Op. cit., p. 36.

¹⁹⁸ ANDRADE, Vera Regina Pereira de (org). **Pilotando a Justiça Restaurativa...** Op. cit., p. 142.

punitivista retroalimentada pela violência no Brasil, é evidente que a quantidade de pena servisse como critério balizados da aplicação da JR¹⁹⁹. O problema é que esse enviesamento cultural faz passar despercebido uma série de diretrizes constitucionais e permissivos legais que legitimariam a ampliação da incidência das práticas restaurativas aos casos penais vinculados a crimes comuns e na perspectiva de alternatividade à tutela penal.

Para Leonardo Sica garantir que a JR não seja um paliativo para a crise do sistema judicial, nem instrumentalizada para estender e desburocratizar a ingerência do Estado na vida dos cidadãos, ela precisará servir à ampliação dos espaços democráticos e para a construção de formas horizontais e inclusivas de regulação social, regulação essa que é o principal fundamento existencial do próprio sistema penal²⁰⁰. O autor ressalta que a JR, para fundar um novo paradigma de justiça, precisa ser vista como uma oportunidade de refundação a noção de justiça e democracia, e não como um repertório técnico para solucionar conflitos, pois essa noção favorece a sua contaminação pela lógica penal.

Pallamolla e Ghiringhelli também refletem que a representação do conflito na cultura jurídica brasileira é o retrato de uma ameaça à ordem social, de modo que novos mecanismos de abordagem dos conflitos, como são entendidas as práticas restaurativas, tendem a ser sequestrados pelo sistema penal para fins repressivos norteados por uma mentalidade inquisitorial. No caso da JR, isso implica na ampliação da clientela do sistema penal, especialmente nas situações em que não forem celebrados os ditos acordos. Portanto, considerando esses riscos de empobrecimento da JR, é fundamental ter em mente que, no Brasil, a redução das desigualdades reproduzidas pelo sistema de justiça criminal e a democratização e ampliação de acessibilidade deste aos menos favorecidos mostram-se como projetos constitucionais na qual a JR pode ser inserida²⁰¹.

Sica ainda lembrou que fortalecer o sistema de regulação social pelo direito penal é um indicativo de falência tanto das instituições de controle social intermediário, como a família, o trabalho, e a comunidade, quanto da atuação institucional como um todo, pois a reação penal deveria ser utilizada ou complementada somente como último recurso. Nesse aspecto, atentando-se para o fato da administração penal ser um assunto relevante ao povo, é importante questionar o papel dos cidadãos na sua gestão e como a JR pode introduzir a democracia e inclusão nesse espaço de pobreza comunicativa²⁰². Assim, a JR pode

¹⁹⁹ SICA, L. **Bases para o modelo brasileiro de justiça restaurativa...** Op. cit., p. 480.

²⁰⁰ SICA, L. **Bases para o modelo brasileiro de justiça restaurativa...** Op. cit., p. 478.

²⁰¹ AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de; PALLAMOLLA, Rafaella da Porciuncula. **Alternativas de Resolução de Conflitos e Justiça Restaurativa no Brasil...** Op. cit., p. 177, 180-182.

²⁰² SICA, L. **Bases para o modelo brasileiro de justiça restaurativa...** Op. cit., p. 478-482.

fomentar o repensar da cidadania, o resgate de vínculos comunitários, e o fortalecimento da democracia a partir do sistema de justiça, tendo muito mais serventia ao projeto constitucional do que quando é reduzida a um “puxadinho” do sistema penal travestida de “justiça amigável”.

A justiça penal, com seu arsenal e força discursiva, influencia a JR brasileira a se pautar por critérios que não lhes são próprios, como as funções preventivas da pena²⁰³. Portanto, considerando todos os pontos abordados no Capítulo I, é possível verificar que a racionalidade jurídico estatal de apropriação do conflito, a ótica monolítica quanto à tutela repressiva em relação à prática de crimes, a carência de análises em relação aos preceitos da justiça comunitária e o contexto sócio-institucional de desigualdade, violência e insegurança dialogam com o sintoma de marginalização da JR no Brasil. Interpreto tal cenário não como um arauto da falência da JR, mas sim um convite aos estudiosos de diversas áreas para se (re)pensar a construção de um modelo restaurativo de justiça brasileiro atento a esse contexto e que possa, efetivamente, reinventar o relacionamento e a compreensão da sociedade com o crime, na forma de um compromisso em integrar cada cidadão no projeto coletivo comprometido com a superação das desigualdades e do ciclo de violências.

Um caminho para avançar com essas reflexões pode ser pelo estudo integrado dos fundamentos e finalidades vinculadas à jurisdição, à JR, ao processo penal e à punição. Esse percurso poderia oferecer um panorama de possíveis interações entre esses objetos de estudo e como essas interações afetarão, em maior ou menor grau, a essência de um. É uma chance para se conhecer as pontes e barreiras que o ordenamento e a produção do conhecimento jurídico apresentam em relação à adoção de um modelo restaurativo de justiça.

Seguindo essa lógica, o próximo capítulo será abordar o papel da jurisdição penal e dos princípios de processo penal usualmente aventados como óbices ao uso de práticas restaurativas como alternativas à tutela penal convencional. A partir disso, buscar-se-á tecer uma visão geral sobre as características e finalidades do processo penal brasileiro e da punição, realizando-se algumas considerações sobre a viabilidade jurídica de se estender a referida alternatividade para além dos casos apontados nesse subcapítulo, considerações essas que servirão de base para as propostas apresentadas no Capítulo IV.

²⁰³ ANDRADE, Vera Regina Pereira de (org). **Pilotando a Justiça Restaurativa...** Op. cit., p. 144.

CAPÍTULO II – JURISDIÇÃO, PROCESSO PENAL E PUNIÇÃO: PONTES E BARREIRAS JURÍDICAS PARA A INSTITUCIONALIZAÇÃO DE UM MODELO RESTAURATIVO DE JUSTIÇA NO BRASIL

2.1 A dimensão política da jurisdição e a relação da atividade jurisdicional com a autocomposição

Para Martin Shapiro, o protótipo ideal de uma corte possui quatro elementos: **(i)** um juiz independente; **(ii)** normas previamente definidas tomadas como referência, **(iii)** um procedimento adversarial direcionado a um fim e **(iv)** a prolação de uma decisão em que a uma das partes é reconhecido um direito e a outra não. Segundo o autor, todas as culturas compreenderiam o judiciário a partir da lógica da “tríade” da gestão de conflitos, que remete ao fato dos conflitantes, ao perceberem sua incapacidade de construir um consenso sozinhos, recorrerem a um terceiro. Esse apelo, para Shapiro, é a base da legitimidade política das cortes²⁰⁴.

A atividade clássica dos tribunais é estabelecer fatos com base em provas que respaldariam reconstrução do passado a partir de uma narrativa respaldada por elementos trazidos pelas partes e por uma autoridade que separa o certo do errado²⁰⁵. Ao promover essa separação, a corte tem o poder de fazê-lo definitivamente, pois seu distintivo essencial é a aptidão de consolidar a “coisa julgada”: decisão que não é passível de discussão após seu trânsito em julgado²⁰⁶.

Quando o juiz decide em favor de alguém, tríade inicial se transforma em um esquema de dois contra um, pois para o perdedor não há justiça. A preservação da legitimidade social da corte está associada então à prevenção do rompimento da tríade. Assim, uma das principais justificativas políticas para salvaguardar a tríade é a submissão das partes ao judiciário pelo consenso, que pode se dar pela escolha do terceiro, como na arbitragem, ou pelo fato de que as partes optaram (presumidamente) a viver em uma sociedade que adota o sistema judicial e aceitam que um terceiro imparcial imponha decisões conforme uma interpretação técnica da lei. A ideia consenso, portanto, sustenta a

²⁰⁴ SHAPIRO, Martin. **Courts**: a comparative and political analysis. Chicago e Londres: The University of Chicago Press, 1981, p. 1.

²⁰⁵ SHAPIRO, Martin. **Courts**... Op. cit., p. 11.

²⁰⁶ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Poder Judiciário**: Crise, Acertos e Desacertos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 85.

legitimidade das cortes, mas se trata de um consenso abstrato, distante, fruto da ideia de que os representantes da sociedade decidiram por esse modelo de gestão de conflitos²⁰⁷.

A tarefa jurisdicional deve ser realizada de modo imparcial, no sentido de que o juiz não agirá orientado pelo favorecimento de uma parte ou para defender interesses pessoais. Quando uma questão é judicializada, surge, para além das pretensões das partes, a necessidade de respaldar a imperiosidade da observância da lei, que torna o judiciário uma peça essencial ao exercício do controle social. Assim, ao reter a última palavra sobre a aplicação e significado da norma, o Poder Judiciário conforma as expectativas relacionais em um sentido, ou outro²⁰⁸. A decisão proferida, contudo, jamais será neutra, porque expressará valores constantes no ordenamento, lidos a partir da subjetividade dos magistrados²⁰⁹, que não podem evitar serem partícipes de um processo decisório político²¹⁰ manifestado no ordenamento jurídico.

Para Raúl Eugênio Zaffaroni, cada sentença é um ato de governo que busca promover a paz social pela racionalização jurídica do conflito e o seu enclausuramento no seio da corte, permitindo ao Poder Judiciário assegurar a coesão da coletividade a partir da validação dos comandos previstos no ordenamento jurídico²¹¹. Shapiro, contudo, ponderou que as cortes estão em permanente crise pois seu modelo de tríade se assenta em um consenso simbólico que se afasta da tríade baseada no consenso proveniente da justiça comunitária. Em outras palavras, as cortes atuam conforme a lei, mas mesmo as leis, não raro, adotam pressupostos distantes da realidade e do entendimento de alguns jurisdicionados, o que afeta negativamente a percepção da justiça produzida pelos tribunais²¹². Esse último ponto dialoga com a realidade heterogênea e desigual do Brasil, em que o Estado e os direitos por vezes estão afastados de seus cidadãos, de modo que a crise de legitimidade do sistema de justiça tem como uma de suas causas o fato que as cortes são espaços mais de coerção do que consenso.

Fabiana Marion Spengler dividiu a referida crise em duas frentes: (i) de legitimidade, ou de identidade, perante os jurisdicionados (da qual trata Shapiro) e (ii) estrutural (de eficiência), fruto da incapacidade judicial de responder célere e

²⁰⁷ SHAPIRO, Martin. *Courts...* Op. cit., p. 2, 5, 11.

²⁰⁸ SHAPIRO, Martin. *Courts...* Op. cit., p. 18, 21, 25-26.

²⁰⁹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O papel do novo Juiz no Processo Penal**. Empório do Direito, 16/04/2015. Disponível em <http://emporiiododireito.com.br/leitura/o-papel-do-novo-juiz-no-processo-penal>. Acesso em 16 de jul. de 2018.

²¹⁰ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Poder Judiciário...** Op. cit., p. 92.

²¹¹ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Poder Judiciário...** Op. cit., p. 94.

²¹² SHAPIRO, Martin. *Courts...* Op. cit., p. 8.

adequadamente aos milhões de casos que lhe são submetidos²¹³. Em relação à crise da eficiência, de acordo com o relatório “Justiça em Números 2016” produzido pelo CNJ e referente ao ano de 2015, o Judiciário Brasileiro findou 2015 com um estoque de aproximadamente 74 milhões de processos, sendo que, no mesmo ano, o total de processos em tramitação fora de 102 milhões, sem considerar aqueles sob a tutela do Supremo Tribunal Federal²¹⁴. Em 2016, o número subiu para 79,7 milhões de processos, e, em média, 12,9 em cada 100 brasileiros ingressaram com uma ação judicial ao longo 2016²¹⁵.

Em 2018, ingressaram no Poder Judiciário mais 2,7 milhões de casos novos criminais, sendo 1,6 milhões (60%) na fase de conhecimento de 1º grau, 343,3 mil (12,8%) na fase de execução de 1º grau, 18,6 mil (0,7%) nas turmas recursais dos juizados especiais, 604,8 mil (22,6%) no 2º grau e 103,9 mil (3,9%) nos Tribunais Superiores, provocando um aumento de 0,7% no acervo²¹⁶. Ao final de 2018 havia 5.801.563 casos penais pendentes na fase de conhecimento, sendo 1.079.116 referentes à execução de pena privativa de liberdade e 483.248 à execução de pena não privativa de liberdade²¹⁷. 91,3% dos processos criminais de 2018 tramitaram na Justiça Estadual, tendo uma duração média de 4 anos e 2 meses²¹⁸. A extensão dessa duração, tanto para o réu quanto para vítima e os familiares desta, causa um verdadeiro desgaste pela revisitação da experiência do crime toda vez que estes são contatados pelo sistema de justiça.

Spengler apontou que a existência das cortes se justifica para garantir uma convivência harmônica e pacífica entre os integrantes dos mais diversos grupos sociais submetidos ao ordenamento jurídico, freando a autotutela. A autora, no entanto, ponderou que a vinculação do judiciário ao positivismo, embora forneça certa previsibilidade a sua atuação, também a dificulta uma regulação social que acompanhe as constantes mudanças na realidade²¹⁹. Nesse sentido, crise da identidade judicial, para Spengler, manifesta-se pela percepção social do judiciário como instância de aplicação verticalizada de decisões que ignoram a complexidade dos conflitos e provocam frustração generalizada nos jurisdicionados. Em razão dessas questões, tanto Shapiro quanto Spengler dissertaram que

²¹³ SPENGLER, Fabiana Marion, **Da jurisdição à Mediação**: por uma outra cultura no tratamento de conflitos. 2ª ed., Ijuí: Unijuí, 2019, p. 28, 32, 39.

²¹⁴ BRASIL. **Justiça em Números 2016**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016, p. 42 e 19.

²¹⁵ BRASIL. **Justiça em Números 2017...** Op. cit., p. 5.

²¹⁶ BRASIL. **Justiça em Números 2019**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2019, p. 131, 159.

²¹⁷ BRASIL. **Justiça em Números 2019...** Op. cit., p. 128.

²¹⁸ BRASIL. **Justiça em Números 2019...** Op. cit., p. 161.

²¹⁹ SPENGLER, Fabiana Marion, **Da jurisdição à Mediação...** Op. cit., p. 36-39.

uma saída para o resgate da legitimidade das cortes está relacionada à diversificação das abordagens de conflitos, especialmente a partir do incentivo à autocomposição²²⁰.

Essa adoção favoreceria uma proposta de administração que aproximaria o plano institucional da linguagem compreendida pelas pessoas, além de desconstruir a adversariedade estimulada pelo modelo processual pautado no combate argumentativo de especialistas²²¹. Isso porque a mediação em sentido amplo depende do diálogo e incentiva o compartilhamento de responsabilidade entre os envolvidos no conflito e o Estado, conferindo maior legitimidade à solução construída para os casos²²².

Em “Poder Judiciário: Crise, Acertos e Desacertos”, Zaffaroni ressaltou a pluralidade funcional do judiciário, e, como Shapiro, deu especial atenção a sua dimensão política. Com uma crescente demanda de protagonismo judicial na América-Latina e sendo esse poder estatal patrono de significativas inovações institucionais, como a institucionalização de práticas restaurativas, é importante lembrar que a jurisdição e o gerenciamento estatal de conflitos juridicamente são atribuições manifestas do judiciário, mas não esgotam a sua função social²²³.

A atuação política do judiciário pode pender para vieses diversos, uma vez que a Corte Suprema, intérprete máximo da Constituição, tem a faculdade de alterar seus posicionamentos. Essa interpretação não pode ser absolutamente engessada a ponto da aplicação normativa destoar da dinamicidade da realidade, nem tão mutável a ponto de comprometer a segurança jurídica e os projetos constitucionais. Por isso as cortes precisam atuar a partir de um normativismo dialético, que remete à aplicação da regra mediante o seu diálogo com a realidade, atualizando culturalmente o direito²²⁴ a partir dos limites constitucionais.

Surge então o problema clássico: a atuação do Poder do Judiciário é delimitada pelas leis, mas ele determina como a lei incide nos casos judicializados. Sobre esse tema, Peter W. Hogg e Allison A. Bushell observaram que as constituições poucas vezes se referem diretamente ao conteúdo de situações que potencialmente serão judicializadas e essa ausência fornece aos magistrados uma significativa margem discricionária de

²²⁰ SHAPIRO, Martin. *Courts...* Op. cit., p. 9-10. SPENGLER, Fabiana Marion, **Da jurisdição à Mediação...** Op. cit., p. 154-155, 157, 159.

²²¹ SHAPIRO, Martin. *Courts...* Op. cit., p. 9-10. SPENGLER, Fabiana Marion, **Da jurisdição à Mediação...** Op. cit., p. 154-155, 157, 159.

²²² SHAPIRO, Martin. *Courts...* Op. cit., p. 9-10. SPENGLER, Fabiana Marion, **Da jurisdição à Mediação...** Op. cit., p. 154-155, 157, 159.

²²³ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Poder Judiciário...** Op. cit., p. 23, 35.

²²⁴ COELHO, Luiz Fernando. **Lógica Jurídica e Interpretação das Leis**. Rio de Janeiro: 2 ed., Editora Forense, 1981, p. 6.

interpretação, permitindo a confusão entre o sentido normativo constitucional com a palavra judicial²²⁵.

Em razão dessa questão, Garapon constatou que a lei é um produto semiacabado a ser finalizado pela interpretação judicial quando da subsunção das circunstâncias particulares do caso à norma²²⁶. Shapiro, ao seu turno, apontou que as cortes produzem leis em duas circunstâncias: **(i)** ao administrar e reforçar normas sociais sem deixar claro a distinção entre o lei, costume e a concepção do próprio julgador; e **(ii)** ao lidar com casos em que a lei não oferece uma resposta clara, de modo que o judiciário, pela vedação ao *non liquet*, fornece uma resposta ao caso com base em analogias e aplicações aos princípios jurídicos²²⁷.

Apesar dessas brechas, ao inovar o judiciário deve respeito ao passado, atentando-se aos precedentes para legitimar e harmonizar suas decisões, como pondera William Pugliese. No Brasil, embora inexista regra formal específica que obrigue um tribunal inferior a sempre seguir as conclusões das cortes superiores, há a possibilidade de reforma de decisões judiciais pelas instâncias superiores, ou colegiados de mesma instância, o que implica na tendência de observação dos precedentes²²⁸. Para o autor, o respeito aos precedentes, mais associado do *common law*, coaduna-se com a tradição civilista brasileira, afinal a igualdade é um direito fundamental e uma de suas faces é o tratamento equânime dos jurisdicionados. Garantir essa coerência na aplicação da lei integra a função política e harmonizadora do judiciário.

As finalidades da atuação jurisdicional podem ser extraídas do texto constitucional Constituição, que em seu preâmbulo já estipula como função do Estado Democrático:

(...) assegurar a justiça como um dos valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, **com a solução pacífica de controvérsias**²²⁹.

²²⁵ HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison A.. **El diálogo de la Carta entre los tribunales y las Legislaturas** (o quizá la Carta de Derechos no sea algo tan malo después de todo). Em: GARGARELLA, Roberto. **Por una justicia dialógica**. Argentina: Siglo Veintiuno, 2014, p. 17-18.

²²⁶ GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: O guardião das promessas**. Rio de Janeiro, 2ª ed., Revan, 2001, p. 41.

²²⁷ SHAPIRO, Martin. **Courts...** Op. cit., p. 30-31.

²²⁸ PUGLIESE, William. **Precedentes e a Civil Law Brasileira: interpretação e aplicação do novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 41, 47, 53. O autor, entretanto, aponta dispositivos do Novo CPC que incitam a observância dos precedentes, incluindo, de certa forma, a atuação judicial em casos específicos como os previstos nos incisos do art. 332 e art. 927 e nas alíneas do inciso IV do art. 932.

²²⁹ Importante lembrar que o Supremo Tribunal Federal definiu que o preâmbulo da Constituição, apesar de ser desprovido de força normativa, opera como norteador da hermenêutica constitucional e, consequentemente, das leis infraconstitucionais. Em: BRASIL. **Acórdão na Ação Direta de Inconstitucionalidade número 2.649/DF**. Brasília, Supremo Tribunal federal, Relatora: Cármen Lúcia,

Essa última frase, referente à solução pacífica de controvérsias na ordem interna, é um indicativo de que o projeto institucional constitucional vai ao encontro do fomento de técnicas dialógicas de gestão de conflitos pelo Estado, uma vez que elas maximizam as oportunidades de construção de consensos entre os cidadãos. Esse ideal também é expresso pelo art. 3º, inciso I, da carta constitucional, o qual dispõe que a construção de uma sociedade solidária é um objetivo fundamental da República, indicando, portanto, a priorização de uma lógica de cooperação no que toca à efetivação dos direitos fundamentais. No art. 4º, incisos VI e VII, respectivamente, a defesa da paz e a solução pacífica de conflitos são também tomadas como diretrizes das relações internacionais.

No art. 1º, incisos II e III, a Constituição dispõe que a cidadania e a dignidade da pessoa humana são fundamentos da República. Esses dois conceitos, se isolados dos demais artigos, possuem alto grau de vagueza, mas considerando que o Brasil havia recém deixado um período ditatorial, é interessante notar que a Constituição de 1988 veio garantir o protagonismo e a defesa dos interesses populares, assegurando o direito de participação democrática no âmbito institucional.

Como “sociedade solidária” entendo aquela cuja construção se baseie na compreensão e satisfação das necessidades de seus componentes a partir da cooperação coletiva, o que, não pode ser desconsiderado pelo sistema de justiça. No âmbito processual, campo no qual a atividade jurisdicional se concretiza, a solidariedade parece ser também uma diretriz fundamental, como se extrai do art. 6º do Novo Código de Processo Civil (NCPC), aplicado subsidiariamente ao CPP, dispondo que “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”. No art. 3º, parágrafos §2º e §3º do mesmo diploma legal, também se lê:

§2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial²³⁰.

Seguindo esta linha, no processo civil, envolvendo disputas entre particulares e mesmo entre o Estado e particulares, o magistrado, antes de decidir, deve fomentar a

julgamento em 8-5-2008, publicado no DJE de 17-10-2008, p. 4-5. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=555517>. Acesso 08 de set. de 2016.

²³⁰ BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Brasília: Congresso Nacional, 2015.

solidariedade e a autocomposição e, quando ela não for possível, fornecer uma decisão mais próxima às necessidades abarcadas pela *lide*, viabilizando a concretização da paz social. No processo penal, especificamente nos procedimentos penais para além do rito sumaríssimo, a lógica jurídica da indisponibilidade dos direitos envolvidos e o princípio da obrigatoriedade tornam essa discussão mais complexa, ainda que a mitigação desses pressupostos esteja cada vez mais forte.

No Título IV do Capítulo III da Constituição é abordada a organização judiciária em termos estruturais e de competência, mas não há aprofundamento sobre os macro-objetivos e fundamentos da atuação judicial. Tais elementos podem ser extraídos dos primeiros dispositivos da Constituição, que traçam os alicerces valorativos justificadores do Estado Democrático de Direito na República Federativa Brasileira.

Quanto à atuação jurisdicional e à concretização do ideal democrático, Antoine Garapon dissertou sobre a indissolúvel relação entre o magistrado e a efetivação das normas constitucionais. Para o autor, os juízes são convocados a se manifestarem sobre um rol de setores da vida social cada dia mais extenso, pois a sociedade também procura nestes servidores o papel de conciliadores²³¹. Sobre esse tema, Leonardo Sica ressaltou que o crescente aumento das competências estatais, impulsionado pelas novas demandas sociais, pode representar um risco à democracia se não vier acompanhado de um incremento proporcional nas oportunidades de participação e deliberação dos cidadãos na gestão dessas situações²³².

Como exemplo, Garapon cita os juízes da área família que, ao exporem seus critérios para decidir sobre a guarda de crianças e adolescentes, instituem um padrão a ser seguido pelos genitores, intervindo sobre aspectos fundamentais das relações entre cônjuges e destes com seus filhos. A interferência jurisdicional então se estende sobre aspectos da vida privada e da ordem moral, profissionalizando o que, de regra, é solucionado autonomamente pelos cidadãos²³³.

O autor continua e aponta que as decisões judiciais têm potencial para determinar a identidade social dos indivíduos, podendo imputar a alguém o estado de “criminoso”, de pai ou de uma mãe negligentes e, inclusive, incidir sobre questões conceituais relativas à vida e a morte, definindo quando essa começa e termina. Esse englobar jurisdicional da vida, para Garapon, corresponde a um falecimento gradual da civilidade, que fomenta a

²³¹ GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia...** Op. cit., p. 24.

²³² SICA, Leonardo. Bases para o modelo brasileiro de justiça restaurativa... Op. cit., p. 471.

²³³ GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia...** Op. cit., p. 21, 150-151.

busca por respostas informais aos conflitos a fim de reanimar uma “socialidade moribunda”²³⁴.

A dinamicidade da realidade, no contexto de uma democracia desacreditada na qual casos de grande relevância são submetidos à apreciação judicial, contribui para ampliar a relevância da jurisdição²³⁵. Por um lado, tem-se o dever judicial de zelo com as conquistas sociais alcançadas e, por outro, a demanda crescente por respostas institucionais aplacadoras de conflitos, o que requer uma atuação institucional inovadora.

A amplitude do acesso à justiça e do poder jurisdicional fortaleceu a dependência social da certificação institucional ao mesmo tempo em que colaborou para agravar as crises supracitadas. O judiciário, ao entrar em contato com um maior número de realidades e situações, sofreu um gradativo engessamento pela intensa demanda. Assim, a contrarreação institucional a estas crises contribuiu para a incorporação de técnicas dialógicas de administração de conflitos, tanto pela necessidade de encontrar meios mais céleres de reagir a essa demanda, quanto pela necessidade de reinventar o controle social.

Essa reinvenção parte da homologação de consensos abarcados pela lei e da adaptação de consensos que não o são. Nesse fluxo o judiciário recebe um produto que já vem desenhado pelos próprios cidadãos (o acordo), sem abdicar da sua função política de controle social, coloca-se em uma posição de fiscal do consenso, preservando a sua função clássica de terceiro imparcial detentor da palavra da última palavra.

Para Garapon, o judiciário possui uma função social integradora em torno dos pressupostos constitucionais, de modo que a sua intervenção teria como escopo restituir ao indivíduo a sua dignidade enquanto sujeito de direitos, despertando neste uma “vocação soberana”. Assim, o conflito judicializado deveria contar com espaços dialógicos horizontais para a sua gestão, oportunizando uma experiência democrática que aproximaria o direito à realidade das pessoas a partir do incentivo à participação cidadã na construção da justiça²³⁶.

A representatividade e a democratização do espaço forneceriam maior legitimidade à jurisdição e não se desvinculariam da Constituição, pois ao analisar os resultados dos processos dialógicos e verificar sua compatibilidade com o direito, o judiciário não se desincumbe de sua tarefa de interpretar e aplicar a lei de forma isonômica. Segundo Garapon, é preciso despertar o sentimento cívico adormecido pelo assistencialismo e

²³⁴ GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia...** Op. cit., p. 152, 156.

²³⁵ GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia...** Op. cit., p. 40, 139.

²³⁶ GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia...** Op. cit., p. 49, 201, 205 e 237.

paternalismo estatal²³⁷. Nas realidades brasileiras, onde o *welfare state* nunca existiu, o motivo para tanto parece residir mais em aproximar o sistema de justiça das várias linguagens presentes no contexto social e construir pontes comunicativas dos cidadãos entre si e destes com o próprio Estado.

A partir da década de noventa, o direito brasileiro, com engessamento da máquina judiciária e devido ao perfil da Constituição Federal de 1988, passou a assimilar abordagens alternativas à tutela judicial prescritiva, inclusive na seara penal. Após a implementação dos juizados especiais criminais, as instituições continuaram o movimento de implementação de técnicas que tornassem a prestação jurisdicional mais célere e oportunizasse uma interação dialógica entre as pessoas.

Antes da Lei nº 13.140 de 2015, chamada de “Lei da Mediação” e do Código de Processo Civil de 2015, que determina o incentivo estatal das práticas autocompositivas, em 2010, o CNJ já havia publicado a Resolução nº 125, prevendo a política de “tratamento adequado de conflitos”²³⁸ por meio da adoção da mediação e da conciliação e da criação dos “Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania” (CEJUSC’s) nas quais estas seriam aplicadas antes e durante os processos. Em atenção ao desgaste de legitimidade do judiciário brasileiro, a primeira consideração da Resolução alude à necessária observância da eficiência operacional, indicando que a autocomposição colaboraria para esse fim²³⁹. Em 2016, o CNJ publicou a Resolução nº 225, normativa que dispõe especificamente sobre a operacionalização das práticas restaurativas no âmbito judicial e será estudada no Capítulo III.

Tanto a jurisdição quanto a autocomposição são, enquanto gêneros, vias de administração de conflitos. Wolfgang Dietrich, descreve o conflito como um produto natural da interação humana e inerente a qualquer relacionamento, representando uma força motora para possíveis mudanças. Conflitos emergem de processos interativos e são baseados na imposição ou construção comum de interpretações. Essa construção ou imposição está enraizada e, ao mesmo tempo, é concretizada por percepções, expressões e intenções que dialogam com o senso comum²⁴⁰. Considerando que a interpretação implica na relação e comparação de situações e ações, as experiências acumuladas e o senso

²³⁷ GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia...** Op. cit., p. 263.

²³⁸ BRASIL. **Resolução nº 125 de 29 de novembro de 2010...** Op. cit.

²³⁹ “Considerando que a eficiência operacional, o acesso ao sistema de Justiça e a responsabilidade social são objetivos estratégicos do Poder Judiciário, nos termos da Resolução/CNJ nº 70, de 18 de março de 2009”. Em: BRASIL. **Resolução 125, de 29 de novembro de 2010...** Op. cit.

²⁴⁰ DIETRICH, Wolfgang. **Elicitive Conflict Transformation and the Transrational shift in peace politics**. Londres: Palgrave Macmillan, 2013, p. 6.

comum são bases que os indivíduos usam para entender e responder aos conflitos. Dessa maneira, Dietrich defendeu que compreender um conflito social não é apenas uma questão de percepção e sensibilidade, mas também de descobrir as crenças compartilhadas no contexto em que os conflitantes se inserem²⁴¹. Administrar e transformar conflitos, portanto, é um processo comunicativo e a seguir buscaremos compreender melhor, à partir da ideia de construção de paz, como a jurisdição e a mediação conduzem esse processo.

Para o autor, a eclosão do conflito é influenciada por uma multiplicidade de fatores internos, que provém de camadas subjetivas moldadas pela experiência e características pessoais do indivíduo, e externos, relativos aos estímulos ambientais, Dietrich concluiu que nenhum episódio conflitivo pode ser entendido apenas como estritamente interpessoal ou intersocial, mas sim como “transpessoal” e “transsocial”, pois o conflito resulta da interação e expressão de várias camadas subjetivas (sexual, social, emocional, mental, etc.)²⁴².

A condição disfuncional do conflito, no entanto, depende de como a situação conflitiva é compreendida e gerenciada. O conflito pode se tornar destrutivo se houver persistência na sua negação e na segregação do outro.

Tal constatação dialoga com a compreensão cultural brasileira de que o crime e os conflitos são fenômenos inerentemente destrutivos que demandam supressão. A lógica jurisdicional de administração de conflitos pode então se beneficiar das perspectivas que aprofundam a compreensão do fenômeno conflitivo, promovendo incentivando a superação de contradições entre o quadro de inclusão, apregoado pela constituição, e a exclusão promovida na realidade material. Isso, evidentemente, depende da integração entre a atuação das instituições do sistema de justiça e os serviços públicos em torno de um esforço para promover maior acessibilidade a direitos.

A concretização da paz, referenciada na Constituição, é para Dietrich a arte de atuar construtivamente com o objetivo de trabalhar o conflito enquanto uma energia passível de redirecionamento rumo a um fluxo criativo que viabilize a cooperação no sentido de um equilíbrio entre expectativas e necessidades²⁴³. Nesse sentido, John Paul Lederach constata que “a paz está fundada na justiça”, de modo que a transformação de conflitos enfatiza a importância da construção de relacionamentos e estruturas sociais inclusivas para que a

²⁴¹ DIETRICH, Wolfgang. *Elicitive Conflict Transformation and the Transrational shift in peace politics...* Op. cit., p. 6.

²⁴² DIETRICH, Wolfgang. *Elicitive Conflict Transformation and the Transrational shift in peace politics...* Op. cit., p. 94-96.

²⁴³ DIETRICH, Wolfgang. *Elicitive Conflict Transformation and the Transrational shift in peace politics...* Op. cit., p. 7.

harmonia perdure²⁴⁴. Em uma perspectiva transformativa, o conflito não é resolúvel, mas transformável, pois sua energia não pode ser cessada, e sim redirecionada, transformando um conflito disruptivo em uma oportunidade para se repensar relacionamentos, posturas e mesmo estruturas sociais que influenciam a compreensão da experiência do crime ou da violência²⁴⁵.

A “resolução” de casos é vinculada à função da jurisdição, tendo um lugar especial no imaginário popular. Ela é expressada em filmes e peças que seguem uma fórmula dramatológica em que o crime é um problema a ser resolvido pelo protagonista a partir da contenção de um vilão. Quando a contenção ocorre, o problema é matematicamente solucionado e o filme acaba²⁴⁶. Essa fórmula reflete a percepção que não há interesse algum na vida após a resolução, o que basicamente espelha o modo de operação do sistema de justiça, em que os casos são transformados em problema jurídicos solucionáveis pela simples aplicação da norma correta. Isso é fundamental para compararmos a lógica restaurativa com a processual penal, pois nesta, qualquer vítima traumatizada, ou re-traumatização de sua família, é ofuscada pela ideia da resolução, neutralização do vilão (criminoso) e aplicação da fórmula de acerto do caso penal.

A abordagem transracional de Dietrich interpreta o crime como uma disfunção no fluxo relacional humano cuja transformação demanda mais trabalho do que apenas identificar e punir o criminoso. Essa transformação passaria pela ressignificação do crime pelas instituições e pessoas afetadas por ele, sendo lembrado e tendo seus efeitos negativos neutralizados, de maneira que o sistema social possa florescer, incluir e maturar a situação, descobrindo formas de desenvolver escolhas e redirecionar a energia do mal causado para a construção de novos caminhos. Esse processo de maturação é diverso de formular uma resolução como o encarceramento para o autor do crime, e não consiste em provocar alterações aleatórias, mas produzir mudanças que permitam aos conflitantes e à coletividade tomarem consciência da vasta gama de escolhas do que podem fazer com ele²⁴⁷.

A transposição do conflito para o campo simbólico do direito apenas o move a outro contexto, aliviando um aspecto subjetivo da tensão conflitiva, mas sem aprofundar suas

²⁴⁴ LEDERACH, John Paul. **Transformação de Conflitos**. 2ª ed., São Paulo: Palas Athena, 2018, p. 16.

²⁴⁵ DIETRICH, Wolfgang. **Elicitive Conflict Transformation and the Transrational shift in peace politics...** Op. cit., p. 8. LEDERACH, John Paul. **Transformação de Conflitos...** Op. cit., p. 16-17.

²⁴⁶ DIETRICH, Wolfgang. **Elicitive Conflict Transformation and the Transrational shift in peace politics...** Op. cit., p. 7.

²⁴⁷ DIETRICH, Wolfgang. **Elicitive Conflict Transformation and the Transrational shift in peace politics...** Op. cit., p. 8-9.

causas reais²⁴⁸. Assim, gestão de conflitos, interpretada fora da lógica jurídica, traz à tona uma série de outros elementos dignos de consideração quando o assunto é a promoção da paz e consolidação de uma sociedade democrática e inclusiva.

A paz que a jurisdição busca atingir remete à segurança, à harmonia, à produção de verdade, mas a construção dessa paz fica restrita à jurisprudência, ao teor da lei e à tarefa de técnicos, tornando-se inacessível aos cidadãos em termos linguísticos e potenciais, partindo de cima e sendo mais simbólica do que real. Conflitos humanos viram lides ou casos penais e, nestes casos os conflitos são transpostos ao meio jurídico de modo ainda mais violento, pois a vítima é substituída processualmente pelo Ministério Público e materialmente pela norma penal, como se sua dor e história fossem irrelevantes.

O processo penal poderia, em razão da sua instrumentalidade constitucional, atentar-se às questões sociais e à dimensão humana do conflito abarcado pelo caso penal. Seria como estender a concepção do seu acerto do caso penal para que as causas e consequências do conflito sejam efetivamente transformadas à luz da pretensão inclusiva da Constituição.

Assim, assimilação da JR enquanto paradigma pelas instituições públicas levanta questionamentos sobre a limitação da visão meramente jurídica do caso penal em termos de transformação social. Enquanto as abordagens restaurativas visam a conformar condutas com base em interesses, sentimentos, necessidades e expectativas dos envolvidos, o Poder Judiciário pretende adequar condutas com base em uma ordem (legal) previamente definida. As práticas restaurativas permitem que essa adequação transcenda essa lógica de resolução rumo a uma perspectiva de transformação, resgatando a corresponsabilidade e o ideal comunitário que refletem a solidariedade social preconizada pela Constituição. Essas práticas, portanto, não contrastam com o objetivo de concretização do ordenamento, pois o ordenamento constitucional brasileiro propõe um modelo social inclusivo. A JR alerta as instituições para o quanto estão falhando em promover essa inclusão e o quanto a visão jurídica do crime simplifica as possíveis causas da violência e seus impactos relacionais.

A apropriação institucional das práticas restaurativas e sua regulamentação traz certa segurança jurídica sobre seus efeitos e como referência estatal de tutela de conflitos, o judiciário atraiu para si a condução das metodologias autocompositivas, operacionalizando-as para efetivar a celeridade processual, mas podendo, a partir delas, fomentar uma sociedade mais tolerante e dialógica. Nesse aspecto o Ministério Público (MP), enquanto

²⁴⁸ DIETRICH, Wolfgang. *Elicitive Conflict Transformation and the Transrational shift in peace politics...* Op. cit., p. 9.

dominus litis da ação penal pública e instituição permanente de defesa do ordenamento jurídico e do regime democrático, também ocupa um papel fundamental na concretização de um sistema de justiça que promova a inclusão social e efetive a cidadania substancial. Sendo a atuação do Poder Judiciário é regrada pela inércia, promover um modelo restaurativo de justiça é também uma tarefa de interação entre o judiciário, MP e serviços públicos, pois junto com o propósito de humanizar a tutela estatal de conflitos, a JR brasileira pode contribuir para realizar a democracia desenhada pela Constituição.

Neste sentido, Danielle Arlé, afirmou que é função do MP, conforme apregoa a Resolução nº 118 de 2014 do CNMP, considerar o uso das práticas restaurativas como ferramentas para abordar casos penais, pois ainda que o promotor de justiça não atue como facilitador (mediador), ele pode provocar a jurisdição, tratar com o poder público e integrar a atuação deste com a comunidade para contribuir com o resgate da dignidade da vítima e a promoção de direitos dela e de seu ofensor²⁴⁹. A responsabilização do ofensor, a reparação dos danos à vítima, e a compreensão das causas e consequências do conflito, podem ser o fim da abordagem restaurativa em nível interparticulares, porém são apenas o começo da restauração dos laços dessas pessoas com o Estado.

O art. 129 da Constituição dispõe que, além de promover privativamente a ação penal (inciso I), o MP deve zelar pelo respeito aos serviços de relevância pública que viabilizem o respeito aos direitos fundamentais, tomando as medidas necessárias a sua garantia. Considerando integração das práticas restaurativas como vias de encaminhamento dos cidadãos também a esses serviços de inclusão social, a participação do MP na aplicação, fiscalização e fomento da JR na seara penal converge com o referido dispositivo. Um Estado que falhou em garantir a segurança da vítima e talvez tenha falhado em promover a acessibilidade de direitos a ela e ao seu ofensor, deve se preocupar em restaurar seus laços com e entre seus cidadãos. Assim, a intervenção fiscalizatória do MP é importante para que o Estado exerça sua função promocional de prover a acessibilidade a direitos.

Da mesma forma, a Defensoria Pública, enquanto instituição permanente, essencial à função jurisdicional, responsável pela orientação jurídica, pela promoção dos direitos humanos e pela defesa dos direitos individuais e coletivos de forma integral e gratuita (art.

²⁴⁹ ARLÉ. Danielle de Guimarães Germano. **Justiça Restaurativa, os programas de justiça restaurativa, os processos restaurativos e as práticas restaurativas**. Em: ARLÉ. Danielle de Guimarães Germano. **Mediação, Negociação e Práticas Restaurativas no Ministério Público**. 2ª ed., Belo Horizonte: D'Plácido, p. 237 – 261, 2017, p. 256.

134) pode fiscalizar os acordos restaurativos em benefício de seus representados e intervir para que o Estado cumpra com seus deveres em relação aos cidadãos.

A mediação inserida no âmbito jurisdicional, portanto, não furta o papel da jurisdição, mas o qualifica, aproximando as instituições dos cidadãos e estes entre si, garantindo um acesso substancial à justiça²⁵⁰. Além disso, as decisões judiciais, embora não sejam formuladas com a pretensão de promover justiça na ótica das partes, não impedem que as técnicas dialógicas possam ser empregadas para que outros elementos (subjettivos) do embate humano sejam considerados quando da prolação da decisão. Tendo isto claro, admitir que os particulares dialoguem em um espaço no qual Estado não deixa de fiscalizar o resultado final da discussão e considerar o programa constitucional, favorece a transformação de conflitos.

Em “Conciliar, ou punir”, Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo apontou que a informalização da prestação jurisdicional surge com uma função intrassistêmica fruto da redução da demanda social por controle social formal e do fortalecimento de um “ambiente simbólico” que limite a intervenção Estatal²⁵¹. Essa informalização é usualmente associada a áreas jurídicas nas quais há permissão legal expressa para se dispor e transacionar direitos. Em conflitos compreendidos por essas áreas, os particulares mesmo após provocarem a jurisdição, podem acordar pela abdicação da via processual como forma de abordar seu conflito.

No processo penal, para além do rito sumaríssimo, vige o princípio da indisponibilidade, pois a titularidade do processo pertence ao Estado e este, enquanto responsável pela manutenção da ordem, deve fornecer uma resposta ao caso penal após a instauração do processo, uma resposta conformada nos estritos termos da lei. Por isso, na ótica da Crítica à Teoria Geral do Processo, processo não corresponde a uma lide, envolvendo interesses e pretensões resistidas como no processo civil, mas a uma cerimônia de verificação da aplicabilidade da norma penal ao caso submetido ao sistema de justiça. Nessa vertente, o processo é caracterizado como um rito de acerto do caso penal em conformidade com o ordenamento jurídico.

²⁵⁰ SILVA, Mário Edson Passerino Fischer da. O custo institucional do litígio processual e o uso da mediação no contexto dos processos não-criminais em trâmite na justiça estadual comum. Uma leitura sob a ótica neo-institucionalista da análise econômica do direito e da escola de negociação de Harvard. **Revista Jurídica Luso Brasileira**. Lisboa: Ano 5, n. 2, 1559-1603, 2019, p. 1573.

²⁵¹ AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. **Conciliar ou Punir?** Dilemas do Controle Penal na Época Contemporânea. Em: CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre. **Diálogos sobre a justiça Dialogal: Teses e Antíteses sobre os Processos de Informalização e Privatização da Justiça Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 55-79, 2002, p. 55-56, 66.

No processo penal, de acordo com o pensamento doutrinário dominante, nos casos judicializáveis mediante ação penal pública incondicionada para além dos abarcados pela Lei dos Juizados Especiais, ao se verificar o descumprimento da norma penal e o preenchimento das condições da ação, o MP estaria obrigado a ofertar uma denúncia em razão do princípio da obrigatoriedade (construído doutrinariamente). Dessa forma, embora isso esteja sendo mitigado desde a promulgação da citada lei, percebe-se que a doutrina jurídica e o Estado ainda direcionam a prolação de uma resposta institucional ao caso penal, por meio, tão somente, do processo penal.

Enquanto a difusão de métodos autocompositivos mostra-se cada vez mais potente na realidade cível, nas quais a disponibilidade é regra, ela ainda é restrita na seara penal brasileira. Portanto, estudar formas de viabilizar uma interação entre práticas restaurativas e o processo penal no âmbito do procedimento comum, para além do rito sumário, depende da prévia análise dos pressupostos, peculiaridades e princípios desse tipo de processo, bem como da forma como se concebe a punição no contexto brasileiro, pois ele está instrumentalmente vinculado à pena.

Assim, o próximo subcapítulo será dedicado às particularidades e escopos da jurisdição penal e do processo penal, são objetos compreendidos pelo problema que motivou este trabalho

2.2 Sobre jurisdição criminal e do processo penal: variáveis a serem consideradas quando do diálogo com as práticas restaurativas

O Brasil é marcado por contradições não apenas no campo dialético da realidade com o ordenamento jurídico, mas também no âmbito interno do próprio ordenamento e o direito processual penal não é exceção. A convivência entre diplomas legais de épocas e regimes políticos diversos, as diferentes vertentes teóricas, a multiplicidade de influências estrangeiras e a diversidade de respostas institucionais às demandas políticas e sociais são alguns dos fatores que colaboraram para essas contradições.

Levando isso em consideração, as constatações e análises seguintes abordarão panoramicamente as contradições internas do processo penal brasileiro e os embates entre Teoria Geral do Processo e sua Crítica, e entre Sistema Acusatório e Inquisitório, afinal, o aprofundamento apropriado dessas questões demandaria um trabalho independente. Partindo dessa premissa, há duas correntes principais que disputam a apropriação do sentido do objeto do processo penal.

A primeira é a Teoria Geral do Processo, que busca demonstrar a identidade comum de toda espécie de processo judicial como uma disputa de partes impulsionada pelo antagonismo de interesses e por uma pretensão resistida (lide). Segundo essa linha, o objeto do processo penal é a lide entre acusador e acusado, tendo esse a pretensão de que o acusado compreendido como culpado seja condenado a uma pena, enquanto este, ao seu turno, tem o interesse em preservar seu estado de inocência e liberdade.

Em processos penais iniciados via ação penal privada, o particular é o titular do poder de exercício da ação penal nessa realidade a lide fica evidenciada, embora não exista necessariamente um interesse da vítima na imposição de uma pena. A composição civil dos danos entre ofendido acusador e ofensor acusado deixa isso mais claro, pois o cumprimento do acordo extingue a punibilidade, uma vez que o processo perde a sua razão de ser pela desnecessidade de aplicação da pena e satisfação de interesses da vítima

No procedimento penal comum ordinário e sumário a ação penal é incondicionada, sendo o processo indisponível a partir do momento em que a denúncia ou ação penal subsidiária da pública é aceita pelo magistrado, ou seja: quando se forma uma relação processual entre acusação, acusado e Estado-Juiz. Foi com referência a esse tipo de procedimento penal que se desenvolveu a Crítica à Teoria Geral do Processo²⁵². Segundo tal vertente, o processo penal é dotado de características próprias por sua conexão instrumental com a punição e às garantias constitucionais de contenção à violência institucional. Considerando que a Teoria Geral do Processo foi desenvolvida com base no processo civil, a crítica vem alertar e demonstrar a inaplicabilidade dos institutos e da racionalidade processual civil ao processo penal.

O primeira colocação é referente à ideia de que o conceito de lide não se coaduna com um processo penal democrático. Ainda que se argumente sobre a pretensão do Ministério Público em condenar o culpado e preservar a liberdade dos inocentes, a indisponibilidade e a indeclinabilidade do processo penal somadas à força dogmática do princípio da obrigatoriedade, tornam o processo penal, para além do rito sumaríssimo, um estranho no ninho da Teoria Geral. Para ilustrar esse postulado, os críticos recorrem aos exemplos do acusado não resistir à pretensão acusatória e prontificar-se em cumprir a pena, ou ainda no fato do Ministério Público pleitear a absolvição. Mesmo nessas situações, o processo penal instaurado não pode ser arquivado ou finalizado sem a observância de todas

²⁵² SILVEIRA FILHO, Sylvio da. **Introdução ao Direito Processual Penal**. 2ª ed., Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 95.

as etapas legalmente previstas, necessárias para assegurar a observância das garantias do réu e para viabilizar o devido acerto do caso penal²⁵³.

O conflito entre Estado e réu no processo penal é presumido, sendo necessário que o processo transcorra até o final para que seja dada a certeza de que o cidadão gozou de todas as garantias processuais disponíveis e para que o Estado ateste à população de que o caso penal, de interesse público, chegou a um veredito de forma democrática e respeitando as barreiras ao poder punitivo. Pressupõe-se que em relação ao poder punitivo haverá arbitrariedades, e esse discurso respalda a presunção de conflito entre as garantias (objetos do processo) e esse poder, independente do fato de, processualmente falando, a postura acusatória do MP ser contingente.

Outro postulado usado para atestar a inadequação do conceito de lide ao processo penal é o fato do Ministério Público, mesmo na condição de parte, não ter um interesse na punição do réu, mas uma obrigação legal e impessoal de promover a aplicação adequada do ordenamento jurídico. Se o crime imputado estiver prescrito, por exemplo, caberá ao Ministério Público ressaltar a prescrição, pleitear o seu reconhecimento e então requerer a extinção da punibilidade, inclusive em nome dos princípios constitucionais da eficiência e da impessoalidade, que regem as instituições públicas²⁵⁴.

Portanto, diferente do processo civil, em que a ausência de resistência à pretensão processual permite o encerramento do procedimento pela entrega do bem desejado, ou pelo comum acordo entre as partes, no processo penal instaurado (para além do rito sumaríssimo) a concordância entre acusação e acusado é irrelevante a solução de continuidade processual. No processo penal, independente de consenso entre as partes, o juiz decidirá com base no acervo probatório apresentado pelas partes, atuando com imparcialidade e verificando se tal acervo aponta, para além de dúvida razoável, que a conduta imputada foi, ou não, realizada e se ela se qualifica, ou não, como típica, ilícita e culpável.

A aplicação do conceito de lide ao processo penal foi iniciada pelos trabalhos de Francesco Carnelutti, que tomava a lide (pretensão resistida ou conflito de interesses regulado pelo direito) como conteúdo do processo judicial de qualquer natureza. Na ótica do professor italiano, o poder de julgar se manifestava pela intervenção da jurisdição que,

²⁵³ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A Lide e o Conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá, 1989, p. 138.

²⁵⁴ NUNES DA SILVEIRA, Marco Aurélio. **As condições da ação no direito processual penal: sobre a inadequação das condições da ação processual civil ao juízo de admissibilidade da acusação**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 37

após ser provocada pelo titular legítimo do direito da ação, atuaria para compor a lide entre as partes conflitantes e oferecer uma resposta, embasada na lei, que sanasse a controvérsia (fruto da pretensão resistida). Nesse sentido, a lide aplicada ao processo penal foi apresentada por Carnelutti como um conflito de interesses entre acusado, cuja pretensão é salvaguardar seus direitos em face de eventual sanção penal, e vítima/sociedade (representada pelo Estado), cuja pretensão é punir²⁵⁵.

Diante da inconsistência teórica em se admitir um conflito de natureza privada no âmbito do processo penal, Calamandrei criticou a aplicação do conceito de lide no processo penal apontando que o conflito de interesses em questão ocorreria não entre os particulares, mas entre dois interesses públicos: a pretensão punitiva estatal e a liberdade individual²⁵⁶. Isso foi ilustrado pelo exemplo de que independente da vítima ter interesse na punição do acusado, a intervenção judicial na forma do processo penal não cessa, pois está vinculada a abarca interesses públicos indisponíveis²⁵⁷.

Em 1946, Carnelutti reviu sua posição e reconheceu a inaplicabilidade do conceito de lide no processo penal na obra “*Lezioni sul processo penale*”, todavia, parte da doutrina penal italiana, articulada por Giovanni Leone e Girolamo Bellavista, já havia substituído a “lide no processo penal” pelo conceito de “lide penal”. A lide penal corresponde a “uma situação iminente de conflito entre direito punitivo estatal e o direito à liberdade”, que se qualifica pela indisponibilidade de interesses e, por isso, transcenderia a perspectiva privatista do processo civil. Nessa vertente, a função do juiz penal seria decidir o conflito entre o direito de punir e o direito de liberdade²⁵⁸.

Além da Teoria Geral do Processo, a Escola Instrumentalista também faria oposição à construção de categorias próprias do processo penal. Tendo como expoente Cândido Dinamarco, a escola instrumentalista adota uma concepção publicista de que o processo penal serve a fins metajurídicos associados ao interesse público na correta aplicação da lei, que deve prevalecer sobre o interesse particular relativo ao reconhecimento de eventuais direitos das partes²⁵⁹. Segundo essa lógica, o processo não corresponderia a um fim em si mesmo, mas “um meio para a consecução dos fins jurisdicionais” e dos resultados

²⁵⁵ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A lide e o conteúdo do processo penal...* Op. cit., p. 28, 31-33, 49.

²⁵⁶ BORGES, Clara Maria Roman. **Jurisdição e normalização:** uma análise foucaultiana da jurisdição penal. Curitiba: tese de doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação da UFPR, UFPR, 2005, p. 24-25.

²⁵⁷ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A lide e o conteúdo do processo penal...* Op. cit., p. 42-43.

²⁵⁸ NUNES DA SILVEIRA, Marco Aurélio. *As condições da ação no direito processual penal...* Op. cit., p. 35.

²⁵⁹ SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. *Introdução ao Direito Processual Penal...* Op. cit., p. 141.

esperados pela nação²⁶⁰. Nessa ótica, deve o juiz atuar com sensibilidade aos valores sociais, estando comprometido com os anseios sociais. Para isso, Dinamarco pontuou a importância para o equilíbrio na aplicação do princípio inquisitivo e dispositivo durante a instrução penal e propôs uma postura ativa do juiz na coleta de provas, sob o argumento de que a atitude curiosa do magistrado favoreceria a obtenção de bons resultados institucionais²⁶¹.

Quanto a essa escola, Silveira Filho ponderou que a dicotomia entre interesse público e privado no processo penal inexistente, pois o único interesse juridicamente admissível no processo penal é que os submetidos à persecução penal tenham seus direitos fundamentais respeitados, independentemente se isso resultará na condenação, absolvição, reconhecimento da prescrição penal, ou extinção da punibilidade. Além disso, o autor alertou que a Escola Instrumentalista fomenta posturas inquisitórias, avessas à racionalidade constitucional, às garantias processuais fundamentais, à imparcialidade do juiz, à presunção de inocência, e mesmo à tarefa constitucional do judiciário, que não deve agir ao sabor da “vontade das massas”, mas assegurar o devido cumprimento do ordenamento jurídico com responsabilidade²⁶².

Citando José Alfredo de Oliveira Baracho, os autores Leonardo Augusto Marinho Marques e José de Assis Santiago Neto ressaltaram que “o processo não é um direito instrumental, mas uma metodologia de garantias dos direitos fundamentais”²⁶³. Para estes autores, ao se atribuir ao processo penal fins metajurídicos, como o de pacificação social e garantia da ordem pública, coloca-se nas mãos do julgador uma tarefa que lhe é alheia em uma estrutura democrática, tornando-o um justiceiro que abdica a sua imparcialidade e atrai para si todo o conteúdo do processo, anulando as partes e a construção democrática da decisão por meio do exercício do contraditório e da produção probatória pelas partes²⁶⁴.

Se o processo penal goza de instrumentalidade, entendemos que ela diz respeito ao que Aury Lopes Jr. Chamou de “instrumentalidade constitucional”, ou seja, uma

²⁶⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 13ª ed., São Paulo, Malheiros, 2008, p. 179. SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. **Introdução ao Direito Processual Penal**... Op. cit., p. 142.

²⁶¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**... Op. cit., p. 184. SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. **Introdução ao Direito Processual Penal**... Op. cit., p. 142.

²⁶² SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. **Introdução ao Direito Processual Penal**... Op. cit., p. 141, 144.

²⁶³ MARQUES, Leonardo Augusto Marinho; SANTIAGO NETO, José de Assis. A cultura Inquisitória mantida pela atribuição de escopos metajurídicos ao processo penal. **Revista Jurídica Cesumar**: v. 15, n. 2, p. 379-398, jul./dez. 2015, p. 392.

²⁶⁴ MARQUES, Leonardo Augusto Marinho; SANTIAGO NETO, José de Assis. A cultura Inquisitória mantida pela atribuição de escopos metajurídicos ao processo penal.... Op. cit., p. 393.

instrumentalidade dotada de escopos jurídicos respaldados pela norma máxima²⁶⁵. Cabe ao processo penal servir como um meio à concretização procedimental das garantias processuais asseguradas pela Constituição, garantias que operam como seus princípios norteadores.

Nessa perspectiva, a jurisdição penal corresponde à instância de controle (processual) da aplicação da pena e tal controle seria assegurado pelo respeito às garantias fundamentais, possuindo caráter indefectível, indeclinável e necessário, sendo independente da vontade da vítima, de quem lhe faça às vezes, ou da eventualidade do acusado não contestar a acusação²⁶⁶. A punição não tem como finalidade atender a interesses individuais, metajurídicos, ou reparar um dano causado, e sim, em termos de função declarada, exprimir a reprovação social em face ao desrespeito da norma penal, cujo conteúdo conteria valores compartilhados socialmente e consolidados na forma de bens-jurídicos dignos de proteção penal²⁶⁷.

O Estado então não poder oferecer uma solução penal fora da jurisdição oficial, porque apenas ela, que deverá zelar pela legalidade e pelas garantias do réu, tem o poder para realizar o acerto do caso penal²⁶⁸. Trata-se do princípio da jurisdição, cujo conteúdo dispõe que a solução de casos penais será submetida ao Estado, o qual atuará por meio de um juiz imparcial previamente designado e que esteja comprometido com a efetivação das garantias e direitos previstos na Constituição (juiz natural)²⁶⁹. Supõe-se então que a vinculação do rito processual e da atuação jurisdicional à lei, conjuntamente com a qualificação técnica do magistrado, testada por concurso, tornaria a condução do processo previsível e legítima²⁷⁰.

O princípio da jurisdição está vinculado ao princípio do juiz natural, cujo conteúdo determina a observância das seguintes diretrizes: **(i)** apenas órgãos jurisdicionais instituídos pela Constituição podem exercer jurisdição; **(ii)** ninguém será processado e/ou julgado por órgão instituído após o fato submetido à jurisdição; **(iii)** os juízes previamente constituídos

²⁶⁵ Sobre o tema ver: LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**: Vol. I. 8ªed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

²⁶⁶ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A Lide e o Conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá, 1989, p. 41.

²⁶⁷ JARDIM, Afrânio Silva. **Direito Processual Penal**. 11ª ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002, p. 77.

²⁶⁸ GIACOMOLLI, Nereu José. **Legalidade, Oportunidade e Consenso no Processo Penal**: na perspectiva das garantias constitucionais. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2006, p. 55.

²⁶⁹ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional...** Op. cit., p. 109.

²⁷⁰ SILVA, Mário Edson Passerino Fischer da. Reflexões sobre a (In)Viabilidade da Adoção de um Modelo Restaurativo de Justiça no Âmbito do Processo Penal Brasileiro: Uma Análise a Partir da Ótica da Instrumentalidade Constitucional do Processo. **Revista Jurídica Luso Brasileira da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**, Lisboa, n. 6, ano 2, fl. 1053-1090, 2016, p. 1069.

possuem competência taxativa e pré-determinada em lei; (iv) o juiz goza de estabilidade e independência para evitar pressões, ou manipulações políticas de terceiros sobre seu trabalho; e (v) o juiz não deve ser submisso a interesse alheio que não seja a crua tutela de direitos em conformidade com o ordenamento²⁷¹. A legitimidade democrática do juiz deriva então do caráter democrático da Constituição e das leis.

A jurisdição penal, como a cível, atua por meio do processo, instrumento para o exercício legítimo de sua função, mas o objeto do processo penal é a tutela da lei penal e a preservação das garantias processuais fundamentais. Assim, Frederico Marques concluiu que o objeto da jurisdição e do processo penal é a causa penal, cuja definição se resume à “situação específica regulada pelo direito penal” nos casos concretos²⁷². Enquanto o traço distintivo do poder jurisdicional é o “condão de revestir suas decisões com a roupagem da coisa julgada”²⁷³, a jurisdição penal tem como peculiaridade essencial o poder de aplicar o direito penal por meio do acerto processual do caso penal²⁷⁴.

O caso penal corresponde à situação em que há indícios de ocorrência da prática de um crime e, para verificação da concretização ou não do tipo penal²⁷⁵, esse caso é submetido à jurisdição quando há também indícios de autoria em relação ao crime. Dessa forma, não se pode dizer que existe um interesse público *a priori* em punir, pois este interesse, como ressaltou Giulio Paoli, apenas surgiria quando verificada a efetiva ocorrência de um crime²⁷⁶, o que não prescinde de uma sentença penal transitada em julgado e proferida pelo juiz natural. Assim, segundo Paoli, o Estado não tem interesse na restrição da liberdade do imputado, mas na do culpado, como tem interesse na absolvição do inocente²⁷⁷.

Para Frederico Marques, o Direito Processual Penal é um ramo autônomo em relação ao direito material, mas por ser o ritual balizador da atuação da jurisdição penal e, consequentemente, da aplicação do direito penal, é instrumentalmente conexo a este, de

²⁷¹ Quando há correspondência entre as competências materiais, territoriais e as demais em relação a mais de um juiz para o mesmo caso, nos termos do art. 75 do CPP, “a precedência da distribuição fixará a competência”. LOPES JR., Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal: fundamentos da instrumentalidade constitucional**. 4ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 74-77.

²⁷² MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**: vol. I. Campinas: Bookseller, 1997, p. 68, 183.

²⁷³ MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**... Op. cit., p. 173.

²⁷⁴ GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Crítica da Pena e Justiça Restaurativa**... Op. cit., p. 214.

²⁷⁵ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide e o conteúdo do Processo Penal**... Op. cit., p. 135.

²⁷⁶ PAOLI, Giulio. La nozione di lite nel processo penale. **Rivista di Diritto Processuale Civile**, Padova, Cedam, 1930, p. 67.

²⁷⁷ BORGES, Clara Maria Roman. **Jurisdição e normalização**... Op. cit., p. 27-28.

modo que perderia sua razão de ser sem o direito material²⁷⁸. Ademais, o direito de punir configura-se também como um dever²⁷⁹ indelegável, pois o monopólio da violência autorizada pertence ao Estado, o qual não pode arriscar que ela seja exercida por outrem fora dos limites legais. É também um direito/dever indisponível, pois verificadas as condições de punibilidade da conduta e a observância de um processo penal em conformidade com lei, não cabe ao Estado a escolha de punir ou não, resta fazê-lo. Sobre o tema, Lopes Jr. pontuou que a única forma de medir a eficiência do processo penal é a partir do respeito às garantias processuais, de modo que as soluções aos casos penais só poderiam ser encontradas na seara do imperfeito sistema processual penal brasileiro²⁸⁰.

Hélio Tornaghi, ao seu turno, afirmou que a lei processual corresponde ao prolongamento e à efetivação do capítulo constitucional sobre os direitos e garantias individuais, cuja preservação depende da forma processual prescrita em lei²⁸¹. Essa forma regulará intrínseca e extrinsecamente o processo na pretensão revestir-lhe de idoneidade para atingir seu fim, referindo-se aqui ao que Carnelutti designou como “tipicidade dos atos processuais”²⁸².

Tais atos, na visão de Tourinho Filho, são resultado da divisão das etapas e micro etapas do processo, sendo este uma sucessão encadeada de atos coordenadas pelo procedimento²⁸³. Nas palavras de Coutinho, o processo é um conjunto de atos preordenados a um fim: que é a decisão de acerto do caso penal de acordo com o prescrito na lei penal²⁸⁴ e na Constituição.

Como pressupostos existenciais dos atos processuais Carnelutti apontou: (i) a capacidade de quem o realizou, (ii) a legitimidade para realizá-lo e (iii) a idoneidade de seu objeto (que deve ser lícito)²⁸⁵. Como elementos que compõem o ato, o autor indicou a causa (que o justifica) e a forma (que confere o modelo para a sua realização). Por fim, o

²⁷⁸ BORGES, Clara Maria Roman. **Jurisdição e normalização...** Op. cit., p. 30.

²⁷⁹ TIEDEMANN, Klaus. **Panorama Geral**. Em: ROXIN, Claus; ARZT, GUNTHER; TIEDEMANN, Klaus. **Introdução ao Direito Penal e ao Direito Processual Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, p. 145-165, 2007, p. 24.

²⁸⁰ LOPES JR., Aury. **Justiça Negociada: Utilitarismo Processual e Eficiência Antiguarantista**. Em: CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre. **Diálogos sobre a justiça Dialogal: Teses e Antíteses sobre os Processos de Informalização e Privatização da Justiça Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, fls. 99-128, 2002, p. 100, 114.

²⁸¹ TORNAGHI, Hélio. **Compêndio de Processo Penal Tomo I**. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1967, p. 15.

²⁸² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal 3º Volume**. 9ª ed., São Paulo: Saraiva, 1986, p. 102.

²⁸³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal 3º Volume...** Op. cit., p. 70-71, 102.

²⁸⁴ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Sistema inquisitório e o processo em "O Mercador de Veneza"**. Em: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). **Direito e psicanálise: Interseções a partir de "O Mercador de Veneza" de William Shakespeare**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 163.

²⁸⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal 3º Volume...** Op. cit., p. 103.

doutrinador italiano dispôs sobre a necessidade de observância das circunstâncias em que tal ato deve ser realizado (tempo, lugar...), para que se verifique sua pertinência.

O tema da nulidade dos atos processuais é muito complexo, havendo diversos entendimentos tanto na doutrina quanto na jurisprudência a respeito. Para inserir essa reflexão no presente trabalho, e ilustrar a racionalidade envolvendo o processo penal enquanto procedimento voltado a reconstrução histórica do caso penal e à contenção da arbitrariedades, adotaremos a visão de Tourinho Filho, para quem um ato processual desprovido dos citados pressupostos é atípico e considerado juridicamente inexistente. Quando a atipicidade sofre a sanção de ineficácia, portanto, reconhecido que o ato não cumpriu com a observância das garantias que sua forma legal prescreve e não atingiu o fim que deveria, ele é nulo²⁸⁶. Na jurisprudência, todavia, há vários exemplos de que a forma do ato é secundária em relação ao atingimento de sua finalidade. Essa postura leva à aplicação do princípio da instrumentalidade das formas na seara penal, o que aumenta os riscos de relativização da maneira como os atos processuais podem ser exercidos e, conseqüentemente, convida a invasão do processo penal por arbitrariedades, usualmente em desfavor do acusado.

Importante ressaltar, nos termos do §1º do art. 573 do CPP, que “a nulidade de um ato, uma vez declarada, causará a anulação dos atos que dele diretamente dependam ou sejam consequência”. Tal consequência, fruto da noção de “ineficácia contagiosa”, é crucial para evitar que o processo seja viciado por atos atípicos²⁸⁷. Por essas razões, Frederico Marques observou que o método do processo penal é o técnico jurídico, o qual pressupõe maior segurança na condução do processo ao vincular a sua forma à lei, restringindo o princípio da instrumentalidade das formas de modo muito mais severo do que no processo civil, ante à possibilidade dos vícios dos atos processuais representarem riscos ao direito fundamental à liberdade²⁸⁸.

O art. 563 do CPP, entretanto, mitigou essa tipicidade ao dispor que não haverá nulidade de ato processual se esta não resultar em prejuízo para a acusação ou defesa. A interpretação constitucional que poderia ser dada a este dispositivo, portanto, seria de que a forma do ato não é mais importante que a soma dos fins de “preservação de garantias” e a “paridade de armas” dentro do desenho processual legalmente estipulado. A legalidade confere duas características fundamentais à tipicidade: sua legitimidade, porque a regra

²⁸⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal 3º Volume...** Op. cit., p. 103-104, 115.

²⁸⁷ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal 3º Volume...** Op. cit., p. 115.

²⁸⁸ MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal...** Op. cit., p. 31.

penal foi formulada por representantes eleitos pelo povo, e a previsibilidade, pois a prescrição do exercício do ato fica positivada e todos os cidadãos podem, em tese, conhecê-la. Com a relativização da forma a previsibilidade é relativizada.

Sobre o dever do legislador de assegurar a previsibilidade dos efeitos de cada norma penal perante o cidadão, a produção de normas penais deve observar diretrizes de taxatividade (*tassatività*) e determinação (*determinatezza*)²⁸⁹. A taxatividade e a determinação remetem ao emprego de conceitos precisos e claros pela norma, deixando pouca margem ao arbítrio do julgador no momento em que a aplicação dela for necessária²⁹⁰. No campo processual penal, todavia, o legislador infraconstitucional admitiu o uso da analogia e da interpretação extensiva (art. 3 do CPP), conferindo um poder ao juiz para flexibilizar o conteúdo e extensão das normas processuais em conformidade com o ordenamento.

Para Renato Brasileiro, a analogia corresponde a um método de integração do conteúdo normativo pelo preenchimento das lacunas da norma. Esse método tem como finalidade a necessidade da norma abarcar ou excepcionar situação que não está taxativamente compreendida por seu conteúdo, mas que, por se assemelhar à previsão, pode ser submetida a ela via integração analógica²⁹¹. A razão para tanto residiria no fato do legislador não conseguir prever todas as possibilidades que serão submetidas à tutela jurisdicional, a qual não pode deixar os jurisdicionados sem resposta (vedação ao *non liquet*)²⁹².

O processo penal, portanto, possui um objeto diferente do processo civil, pois ele regulamente os modos de realização do poder punitivo através da investigação e da valoração judicial do crime imputado²⁹³.

Com o recebimento da denúncia, cria-se um vínculo entre o Estado Acusador (MP), o acusado (particular) e o Estado-Juiz (jurisdição), em que o acusado pode ser tolhido de seu direito fundamental à liberdade se o resultado da produção probatória, feita pelas partes, indicar, para além de dúvida razoável, a sua autoria no crime imputado. Novamente,

²⁸⁹ CADOPPI, Alberto; DONINI, FORNASARI, Gabriele; GAMBERINI, Alessandro; INSOLERA, Gaetano; MANES, Vittorio; MAZZACUVA, Nicola; Massimo; PAVARINI, RAMPONI, Luca; ROSONI, Isabella; Massimo; ZANOTTI, Marco. **Introduzione al sistema penale**: Volume I. 2ª ed., Torino: Giappichelli, 2006, p. 120.

²⁹⁰ PAVARINI, Massimo. **Corso di Istituzioni di diritto penale**. Bologna: University Press, 2014, p. 221-223.

²⁹¹ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**: volume único (e-book). 4ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 154-155.

²⁹² LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**... Op. cit., p. 154-155.

²⁹³ DIAS, Jorge Figueiredo. **Direito Penal**: Parte Geral Tomo I. 1ª ed. brasileira, 2ª ed. portuguesa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, Coimbra Editora, 2007, p. 7.

sem a pretensão de aprofundar as características das teorias processuais que buscam explicar tal vínculo, faremos breve referência a algumas vertentes usando como base a obra “Introdução ao Direito Processual Penal” de Sylvio da Silveira Filho.

O vínculo entre os atores processuais foi concebido como de ordem relacional primeiramente por Hegel, sendo tal apontamento sustentado por Bethmann-Hollweg e aprofundado por Bülow, que desenvolveu a teoria da relação jurídica para explicar o processo²⁹⁴. Os alicerces dessa teoria se cravaram sobre os pressupostos do processo civil, sendo a relação jurídica processual descrita como pública, em razão dos direitos e obrigações que os funcionários do Estado teriam para com os jurisdicionados e que, em cooperação com estes, desenvolveriam a atividade processual, ato por ato, rumo à consecução do seu fim²⁹⁵.

Kohler, em “Prolegomenos a um sistema de direito processual civil” (1888), negou o caráter público da relação processual e a descreveu como uma relação jurídica, complexa dinâmica e unitária entre as partes, apresentando o juiz como um colaborador desinteressado no resultado do processo. Essa vertente é a chamada teoria linear da relação jurídica processual (parte – parte) e nela o Estado é visto em uma posição superior em relação às partes, estando impossibilitado de se relacionar-se com elas, que não possuem nenhuma pretensão em face dele. Assim, o dever do juiz seria apenas de salvaguardar o exercício de atos processuais pelas partes a fim de que elas busquem a satisfação de seus interesses. Esse dever é exercido em virtude do direito público e não por um vínculo relacional²⁹⁶.

A teoria angular da relação processual, atribuída a Plank (em seu “Tratado de direito processual civil Alemão” de 1887), Langheineken (em seu livro “A exigência da sentença”, 1889) e Hellwig (na obra “Tratado de direito processual civil Alemão”, 1903), negou qualquer relação das partes entre si e apontou que elas apenas se relacionariam com o juiz. Nessa ótica, a atividade das partes apenas teria sentido para impulsionar o exercício da atividade decisória jurisdicional. O processo visaria somente a oferecer proteção jurídica às

²⁹⁴ SILVEIRA FILHO, Sylvio da. **Introdução ao Direito Processual Penal** ... Op. cit., p. 99. Para José Frederico Marques, essa relação triangular entre esses três atores é progressiva, inacabada e sustentada pelo fim comum do processo, que unifica as várias relações que surgem no decorrer do procedimento. Diz-se “relações” pois Marques segue a linha de Hélio Tornaghi, segundo o qual cada ato processual cria uma relação nova que alenta as já existentes, pois cada ato possui um propósito específico e guarda uma relação autônoma, mas essa unidade explica porque a nulidade de um pode viciar todos os atos posteriores a ele. Em: MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**... Op. cit., p. 357.

²⁹⁵ SILVEIRA FILHO, Sylvio da. **Introdução ao Direito Processual Penal**... Op. cit., p. 100.

²⁹⁶ SILVEIRA FILHO, Sylvio da. **Introdução ao Direito Processual Penal**... Op. cit., p. 104.

partes e suas pretensões, sendo essa proteção oferecida pelo Estado Juiz em uma relação angular publicista entre ele e as partes²⁹⁷.

Wach, no “Manual de direito processual civil alemão” (1885), concluiu pela existência de uma relação processual triangular, regida pelo direito público, em que as partes, que possuem direitos e deveres de natureza processual independentes da relação jurídica material, seriam tuteladas pela jurisdição²⁹⁸. Essa teoria reconhece uma relação das partes entre si e destas com o juiz, de maneira que todos se tornam corresponsáveis pelo desenvolvimento do processo.

Em 1925, James Goldschmidt publicou “O processo como situação jurídica” e apresentou o processo como um encadeamento de situações jurídicas dinâmicas²⁹⁹. Para essa teoria, não há relação entre as partes e o juiz, pois a prolação de uma decisão não ocorre por ser um direito das partes, mas sim um dever funcional do Estado. Para Goldschmidt, as partes não teriam uma relação propriamente dita e sim estariam vinculadas em razão dos diversos estados de sujeição a que são submetidas durante o processo. Essa submissão ocorre por previsão legal e o cumprimento das determinações judiciais criam possibilidades, expectativas e cargas a cada um dos atores processuais. Dessa forma, há um constante estado de sujeição processual frente a uma vindoura sentença judicial, que dependerá da superação de uma série encadeada de situações que a devem anteceder. Este conceito de situação jurídica diverge do que Kohler teorizou pelo fato de que a situação, na linha de Goldschmidt não é fruto de um direito subjetivo, ligado ao direito privado, mas do direito público processual³⁰⁰.

Goldschmidt deu um passo em direção ao afastamento da aplicação de categorias do processo civil ao processo penal, apontando que a exigência punitiva é, na verdade, um poder estatal e que a pretensão processual penal acusatória é diversa do processo civil, correspondendo à afirmação, no caso concreto, do direito de aplicação de uma pena a partir do requerimento da acusação. As situações processuais penais, nessa linha, diriam respeito aos atos das partes ou do juiz que modificam ou extinguem expectativas, possibilidades ou cargas processuais, sendo essas cargas o ônus que as partes possuem para agir na direção da prevenção de um provimento judicial desfavorável³⁰¹. Ao introduzir o conceito de “carga”, Goldschmidt substituiu a formação metafísica de relação processual por uma constatação

²⁹⁷ SILVEIRA FILHO, Sylvio da. **Introdução ao Direito Processual Penal...** Op. cit., p. 104-105.

²⁹⁸ SILVEIRA FILHO, Sylvio da. **Introdução ao Direito Processual Penal...** Op. cit., p. 105.

²⁹⁹ LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal...** Op. cit., p. 69. SILVEIRA FILHO, Sylvio da. **Introdução ao Direito Processual Penal...** Op. cit., p. 109.

³⁰⁰ SILVEIRA FILHO, Sylvio da. **Introdução ao Direito Processual Penal...** Op. cit., p. 110-111.

³⁰¹ SILVEIRA FILHO, Sylvio da. **Introdução ao Direito Processual Penal...** Op. cit., p. 116-117.

empírica do processo como uma arena de batalha pelo provimento jurisdicional desejado³⁰². Importante ressaltar, embora esse quadro de guerra retrate o que muitas vezes se verifica na realidade, que a batalha não é um destino necessário, uma vez que o próprio órgão acusador pode pleitear a absolvição ou requerer o reconhecimento da extinção da punibilidade.

A terceira teoria elencada por Silveira Filho é a do processo como procedimento regido pelo contraditório, fruto da obra de Elio Fazzalari “Notas em temas de direito e processo” (1957), baseada nos trabalhos de Feliciano Benvenuti, que tratou da diferença entre processo e procedimento no artigo “Função administrativa, processo e procedimento” (1952). Segundo Benvenuti, do ponto de vista objetivo, o procedimento é uma revelação formal, marcada pela sucessão de atos, de uma função administrativa, não a função administrativa em si. Do ponto de vista subjetivo, essa teoria caracterizado o procedimento pela sucessão de atos praticados por um único sujeito (ou vários órgãos que compõem o mesmo sujeito), e o processo como a sucessão de atos praticados por sujeitos distintos daquele que exerce o ato final, que atuam norteados pelos interesses dos destinatários deste ato que é afetado pela atuação das partes processuais³⁰³.

Dessas conclusões, Fazzalari formulou a noção de processo como um “esquema mais complexo de procedimento” constituído por “séries de atos mutuamente implicados” e referentes, cada uma, a um dos sujeitos envolvidos no procedimento. Posteriormente o autor concluiu pela categorização de processo como procedimento desenvolvido com base no contraditório, apontando que o conflito de interesses não seria suficiente para qualificar um procedimento enquanto tal. Isso porque, mesmo sem a existência de lide, havendo a estrutura dialética para o desenvolvimento dos atos procedimentais rumo a um ato final (sentença) já se pode falar em processo³⁰⁴. Essa classificação, portanto, pode abarcar o processo penal, recepcionando sua finalidade de acerto do caso penal e seu objeto próprio: o caso penal.

A existência de contraditório, todavia, não depende da equivalência de poderes entre as partes processuais e nem da sua atuação em oposição³⁰⁵. Como já apontado, ao MP é permitido não recorrer de sentenças absolutórias e mesmo pugnar pela absolvição do réu e no processo penal não é correto afirmar que existe uma equivalência de poderes entre o Estado Acusador, munido de um vasto aparato para exercer suas atribuições acusatórias, e o acusado. Diante disso, para que se efetive o contraditório em termos horizontais, o papel do

³⁰² SILVEIRA FILHO, Sylvio da. **Introdução ao Direito Processual Penal...** Op. cit., p. 118.

³⁰³ SILVEIRA FILHO, Sylvio da. **Introdução ao Direito Processual Penal...** Op. cit., p. 120-123.

³⁰⁴ SILVEIRA FILHO, Sylvio da. **Introdução ao Direito Processual Penal...** Op. cit., p. 123, 126-127.

³⁰⁵ SILVEIRA FILHO, Sylvio da. **Introdução ao Direito Processual Penal...** Op. cit., p. 126.

acusado se restringe a se defender das imputações do MP, que deve provar não só a prática criminosa, mas a autoria e culpa do acusado para que o desfecho processual seja uma condenação.

O juiz, por sua vez, tem o poder para reconhecer, a partir das provas apresentadas pela defesa e acusação, a inocência ou culpa do acusado e para assegurar a legalidade e tipicidade dos atos processuais, bem como a conduta processual das partes (MP e réu). Cabe ao juiz garantir o exercício regular do contraditório e um tratamento processual que priorize a presunção da inocência.

No Brasil essas questões são ainda mais delicadas, pois há uma incoerência entre o perfil do processo penal desenhados pela Constituição (acusatório) e pelo CPP (inquisitivo). Na prática forense os dispositivos ditos de caráter inquisitorial do CPP são utilizados para respaldar posturas que rompem com as balizas normativas do contraditório, ampla defesa e presunção de não culpabilidade. Mesmo com as várias reformas que sofreu, o CPP brasileiro ainda preserva resquícios de sua publicação original de 1941, tornando-se uma “colcha de retalhos”³⁰⁶ vigente no mesmo universo jurídico da Constituição de 1988.

Apesar da superioridade normativa da Constituição, alguns dispositivos do CPP ainda autorizam práticas antidemocráticas pelos operadores do direito, colaborando com uma mentalidade (inquisitiva) punitiva em que o dever de buscar a verdade (real) autoriza a mitigação da imparcialidade, do contraditório e da presunção de inocência. Dessa forma, em sua tarefa inquisitiva, o juiz tenderá a respaldar suas próprias hipóteses e preconceitos, furtando-se do controle objetivo que o processo deve oferecer³⁰⁷.

A Constituição dá fundamento político e institucional ao processo³⁰⁸ e nela foi determinado a consolidação de um processo democrático pautado na presunção de inocência ou não culpabilidade (art. 5º, inciso LVII), no devido processo constitucional (art. 5º, inciso LIV), no contraditório e ampla defesa (art. 5º, inciso LV) e na separação das funções de acusar (art. 129), defender (art. 133 e 134) e julgar (art. 92 e seguintes)³⁰⁹.

³⁰⁶ CANÁRIO, Pedro. **Pacote anticrime acaba com decretação de preventiva de ofício**. Conjur, 27 de dezembro de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-dez-27/pacote-anticrime-acaba-decretao-preventiva-oficio>. Acesso em 09 de jan. de 2020.

³⁰⁷ Sobre o tema ver: NUNES DA SILVEIRA, Marco Aurélio. A cultura inquisitória vigente e a origem autoritária do Código de Processo Penal brasileiro. Em: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org) **Mentalidade Inquisitória e Processo Penal no Brasil**: vol 1. Florianópolis: Empório do Direito, p. 57-72, 2016.

³⁰⁸ MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**: vol. I. Campinas: Bookseller, 1997, p. 68.

³⁰⁹ MARQUES, Leonardo Augusto Marinho; SANTIAGO NETO, José de Assis. A cultura Inquisitória mantida pela atribuição de escopos metajurídicos ao processo penal. **Revista Jurídica Cesumar**: v. 15, n. 2, p. 379-398, jul./dez. 2015, p. 383.

Arquitetou-se um “processo penal de partes”, em que cada ator possui um papel específico e em que a função de acusar pertence privativamente ao MP, cabendo a ele o ônus de comprovar, acima da dúvida razoável e por meios lícitos, a tese acusatória.

Sobre o tema, Sylvio Lourenço da Silveira Filho, com base nas conclusões de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho e de Franco Cordero, pontuou que o critério de separação inicial entre as atividades de acusar e julgar não é, por si só, apto a distinguir um sistema processual acusatório de um inquisitório, pois “o conhecimento necessário ao julgamento do caso penal não poderia ser obtido apenas durante o ato de instauração do processo, mas no seu desenvolvimento” que se dá pela tentativa de reconstituir linguisticamente o fato pretérito que constitui o caso penal³¹⁰. A partir dessa ponderação e da distinção que Franco Cordero fez sobre as duas situações em que se emprega os adjetivos acusatório e inquisitório³¹¹, o autor afirmou que o critério da gestão da prova seria mais adequado a nortear a referida distinção³¹².

É possível vislumbrar que um juiz que mesmo sem acusar, se autorizado a gerir e produzir provas, direcione o resultado do julgamento ao lado que desejar, pois são as provas que fundamentam a reconstrução do passado e, conseqüentemente, o acertamento do caso penal. Esse tipo de ingerência torna o juiz independente da atividade das partes, deixando-as dispensáveis, mas mesmo em um procedimento com características ditas inquisitórias é possível haver partes. Portanto, no sistema acusatório, a gestão probatória cabe às partes, e essa opção dá sentido ao contraditório e à imparcialidade, e no dito sistema inquisitório essa gestão pertence ao juiz³¹³.

Sobre a adequação da cisão entre acusatório e inquisitório no Brasil, Clara Roman Borges relatou que ela foi inicialmente abordada por José Frederico Marques, na forma de sistema acusatório, inquisitório e misto³¹⁴, e posteriormente refinada por Jacinto Nelson de Miranda Coutinho que, com base em Franco Cordero e na perspectiva sistêmica kantiana,

³¹⁰ SILVEIRA FILHO, Sylvio da. **Introdução ao Direito Processual Penal...** Op. cit., p. 21-22; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O papel do novo juiz no processo penal ...** Op. cit.

³¹¹ Para separar o poder de acusar de ofício do poder de decidir; e para separar o juiz que atua como inquisidor e possui crédito legal para buscar a verdade do juiz que, em um processo público, destinatário das provas produzidas pelas partes.

³¹² SILVEIRA FILHO, Sylvio da. **Introdução ao Direito Processual Penal...** Op. cit., p. 22

³¹³ SILVEIRA FILHO, Sylvio da. **Introdução ao Direito Processual Penal...** Op. cit., p. 177.

³¹⁴ O sistema misto era associado ao modelo exposto no Código Napoleônico e foi, previamente à Constituição de 1988, vinculada ao Brasil pela divisão dogmática da persecução penal em uma fase investigatória na forma de inquérito, que seria inquisitória, e na forma acusatória quando da formação do processo desenvolvido perante o juiz. Segundo Clara Roman Borges, em razão das arbitrariedades cometidas durante a ditadura militar, era claro que o processo penal brasileiro praticamente ignorava a atuação das partes, sendo necessário um ajuste conceitual a este sistema misto que, na essência, deveria ser classificado, Segundo as categorias de Marques, como inquisitorial. BORGES, Clara Maria Roman. Um olhar para além dos sistemas processuais. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 104, p. 147-172, 2013, p. 150

pontuou que os princípios norteadores de um sistema não podem ser mutuamente excludentes. Portanto, Coutinho pontuou na década de 90 que há duas espécies de sistemas: acusatório, em que a gestão da prova fica a encargo das partes, e inquisitório, em que essa gestão é de titularidade do juiz.

Clara Roman Borges, entretanto, alertou que por mais que essa separação entre tenha favorecido a identificação de práticas autoritárias no processos penal brasileiro, passadas tantas décadas, se faz necessário reconhecer suas imperfeições. Partindo dessa premissa, a autora ressalva que a vinculação entre as práticas contemporâneas brasileiras e a atuação da inquisição na Europa é fruto de uma leitura histórica linear que trata a inquisição como um tribunal único. Para além do fato das técnicas de tortura e sigilo serem utilizadas como abordagens de interrogatório não só pela inquisição, mas por juízes laicos vinculados ao contexto da idade média, Clara Roman Borges ressaltou que a inquisição colonial brasileira teve propósitos instrutórios, atrelados à dominação da metrópole lusitana (que efetivamente julgava os casos), e características únicas, distintas da inquisição europeia. Ainda, os traços da inquisição colonial não teriam relação imediata com o processo penal brasileiro contemporâneo, cujas arbitrariedades ao longo dos anos seriam frutos das relações de poder situadas no contexto histórico do presente³¹⁵.

A preservação dessa visão de herança do sistema inquisitório, portanto, arrisca fomentar o conformismo em face da violação de garantias, o que é mais um motivo para se ler o processo penal como um produto do seu tempo, considerando, por exemplo, as várias mudanças decorrentes do sistema capitalista, os avanços tecnológicos e a globalização, que fomentaram a consolidação de uma lógica social excludente³¹⁶. Assim, Clara Roman Borges, com base nas ideias de Zygmunt Bauman, ressaltou que a verdade na sociedade contemporânea cede espaço à demanda por respostas punitivas céleres, de maneira que, enquanto ritual destinado à reconstrução da verdade formal, com base no esforço probatório das partes) o processo acusatório também se mostra como um ideal há muito erodido. Atualmente, portanto, Borges concebe o processo como um efeito retórico para confirmar a legitimidade da prisão e segregação dos socialmente indesejáveis, e apresenta como argumentos para tanto, a tendência de assimilação de institutos negociais que agilizam a

³¹⁵ BORGES, Clara Maria Roman. Um olhar para além dos sistemas processuais... Op. cit., p. 152-154

³¹⁶ BORGES, Clara Maria Roman. Um olhar para além dos sistemas processuais... Op. cit., p. 156.

aplicação da punição e relativizam as garantias dos suspeitos, tornando o processo e a reconstrução da verdade completamente dispensáveis³¹⁷.

A Constituição, embora não explicita que o sistema processual penal brasileiro possui bases dogmáticas acusatórias, positiva, para além da separação das funções processuais, uma série de garantias e diretrizes que direcionam a compreensão do processo penal como um procedimento pautado no contraditório, no tratamento equânime das partes e na presunção de não culpabilidade³¹⁸. Apesar disso, o conteúdo do art. 156 do CPP, em que pese as várias reformas legislativas pelas quais passou o código, confere ao magistrado o poder para produzir provas de ofício, mesmo durante a investigação criminal³¹⁹.

Atento aos dispositivos constitucionais, um juiz que respeita a igualdade e o contraditório não deve deixar os próprios preconceitos nortear a reconstrução linguística do passado no processo. Assim, qualquer intervenção probatória do magistrado no processo penal macula a sua imparcialidade, prejudica o contraditório e arrisca comprometer o princípio da presunção de não culpabilidade, podendo mitigar a transferência do ônus probatório ao MP. Se o juiz age de ofício, como gestor da produção probatória, sua tarefa

³¹⁷ “A Lei 8.072/1990 possibilitou que o integrante de uma quadrilha destinada à prática de crimes hediondos e assemelhados aos hediondos delatasse seus comparsas e “colaborasse” com o desmantelamento do grupo em troca da redução de sua pena de um a dois terços. Desta maneira, evidenciou a nova finalidade do processo penal, em que a verdade dos fatos se tornava irrelevante e a rápida identificação e punição do grupo criminoso se mostrava essencial para acalmar os ânimos de uma sociedade amedrontada com o aumento de crimes violentos. Na esteira desta lei vieram tantas outras que abriram espaço à abreviação da produção de provas por meio da delação premiada, tais como a Lei 9.034/1995, que criou a figura das organizações criminosas, a Lei 9.080/1995, que alterou as legislações referentes aos crimes contra o sistema financeiro nacional, contra a ordem tributária, a ordem econômica e as relações de consumo; a Lei 9.613/1998, que tipificou a lavagem de capitais, a Lei 9.807/1999, que instituiu o programa de proteção às testemunhas de crime e estendeu a possibilidade de delação premiada para todos os crimes, a Lei 11.343/2006, que reformou a legislação sobre os crimes relativos à entorpecentes, a Lei 12.683/2012, que alterou a legislação referente à lavagem de capitais, e, finalmente, a Lei 12.850/2013, que deu um novo tratamento às organizações criminosas e disciplinou de maneira pormenorizada o procedimento da “colaboração premiada”. Veja-se que todas essas alterações legislativas do direito processual penal vigente propiciaram ao juiz e às partes substituírem a desgastante tarefa de reconstruir os fatos delituosos por meio do processo para fundamentar a decisão jurisdicional de aplicação da sanção penal pelo acordo em que o acusado fornece a confissão e a delação em troca de penas mais brandas ou até do perdão, tudo para não se perder tempo, para se economizar os caros serviços do Estado e para se punir mais rapidamente um maior número de pessoas”. Em: BORGES, Clara Maria Roman. Um olhar para além dos sistemas processuais... Op. cit., p. 158.

³¹⁸ MARQUES, Leonardo Augusto Marinho; SANTIAGO NETO, José de Assis. A cultura Inquisitória mantida pela atribuição de escopos metajurídicos ao processo penal... Op. cit., p. 382-383.

³¹⁹ “Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante”. MARQUES, Leonardo Augusto Marinho; SANTIAGO NETO, José de Assis. A cultura Inquisitória mantida pela atribuição de escopos metajurídicos ao processo penal... Op. cit., p. 383.

de fazer valer o direito é substituída pela de atestar suas próprias hipóteses, o que compromete um sistema processual democrático³²⁰.

Recentemente, a Lei nº 13.964 de 2019 acrescentou o art. 3º-A no CPP, definindo que “o processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação”. O conteúdo dessa disposição contrasta com o art. 156, pois no sistema acusatório o juiz não deve ter iniciativa probatória alguma. A permanência de ambos os dispositivos no CPP poderia fazer concluir que a produção de provas de ofícios é autorizada somente para beneficiar a defesa, mas isso também não faz sentido, pois o juiz não sabe o que encontrará quando finalizar suas intervenções probatórias e de que modo isso contaminará a sua subjetividade.

A nova lei também alterou a redação do antigo art. 311, proibindo que o magistrado decreta a prisão preventiva de ofício e que o mesmo juiz atue na fase investigatória e processual. De acordo com a lei vigente, todo o juiz que teve contato com a investigação deverá se dar como impedido, conforme o novo art. 3º-D. Nesse sentido, a Lei nº 13.964 de 2019 instituiu o juiz de garantias, que ficará responsável por atuar na fase de investigação de todas as infrações penais, salvo as de menor potencial ofensivo, e cessará o exercício de sua competência quando do oferecimento da denúncia ou queixa. A introdução do juiz de garantias na lei foi feita pela Câmara dos Deputados³²¹ e o discurso para a sua aprovação esteve associado à preservação da imparcialidade do juiz processual e o maior enfoque na preservação das garantias do investigado³²².

³²⁰ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O papel do novo Juiz no Processo Penal**. Empório do Direito, 16/04/2015, p. 2-5. Disponível em <http://emporiiododireito.com.br/leitura/o-papel-do-novo-juiz-no-processo-penal>. Acesso em 25 de fev. de 2020.

³²¹ FREITAS, Vladimir Passos de. **Reflexos e reflexões sobre o juiz das garantias na justiça**. Conjur, 29 de dezembro de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-dez-29/segunda-leitura-reflexos-reflexoes-juiz-garantias-justica>. Acesso em 09 de janeiro de 2020.

³²² Sobre as funções do juiz de garantias transcreve-se: art. 3º-B. O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, competindo-lhe especialmente: I - receber a comunicação imediata da prisão, nos termos do inciso LXII do caput do art. 5º da Constituição Federal; II - receber o auto da prisão em flagrante para o controle da legalidade da prisão, observado o disposto no art. 310 deste Código; III - zelar pela observância dos direitos do preso, podendo determinar que este seja conduzido à sua presença, a qualquer tempo; IV - ser informado sobre a instauração de qualquer investigação criminal; V - decidir sobre o requerimento de prisão provisória ou outra medida cautelar, observado o disposto no § 1º deste artigo; VI - prorrogar a prisão provisória ou outra medida cautelar, bem como substituí-las ou revogá-las, assegurado, no primeiro caso, o exercício do contraditório em audiência pública e oral, na forma do disposto neste Código ou em legislação especial pertinente; VII - decidir sobre o requerimento de produção antecipada de provas consideradas urgentes e não repetíveis, assegurados o contraditório e a ampla defesa em audiência pública e oral; VIII - prorrogar o prazo de duração do inquérito, estando o investigado preso, em vista das razões apresentadas pela autoridade policial e observado o disposto no § 2º deste artigo; IX - determinar o trancamento do inquérito policial quando não houver fundamento razoável para sua instauração ou prosseguimento; X - requisitar documentos, laudos e informações ao delegado de polícia sobre o andamento da investigação; XI - decidir sobre os requerimentos de: a) interceptação telefônica, do fluxo de

Com o recebimento da denúncia ou queixa (subsidiária da denúncia), as questões pendentes ficarão a encargo do juiz de instrução e julgamento, que não estará vinculado às decisões pretéritas do juiz das garantias e deverá reexaminar a necessidade de manutenção de eventuais medidas cautelares ainda em curso. A cisão de juízes em relação à investigação e ao processo, é salutar à preservação da imparcialidade e da estrutura processual democrática, pois permite que o livre convencimento do juiz de instrução e julgamento seja formado a partir do exercício do contraditório, inexistente na investigação. Atualmente, os efeitos do art. 3-B do CPP estão suspensos, por tempo indeterminado, por decisão liminar do ministro do STF, Luiz Fux proferida em sede das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº's 6.298, 6.299, 6.300 e 6305.

Fica claro que mesmo prevendo um processo em que as funções de julgar e acusar pertencem a órgãos diversos, o processo penal brasileiro ainda preserva matriz autoritária principalmente em razão do art. 156 do CPP que permite ingerências na atividade probatória. Assim sendo, os alertas quanto ao critério adequado para preservar um procedimento de essência acusatória se mostram pertinentes ao mapeamento dos princípios unificadores entre o conteúdo do CPP e da Constituição. Da mesma forma, a percepção do processo como procedimento em contraditório e a elevação do contraditório como direito fundamental evidenciam que a atividade jurídica-interativa das partes marca o devido processo legal desenhado pela Constituição. Assim, entende-se que um rito em que o detentor do poder de decisão também pode gerenciar a produção de provas, não pode ser considerado processo, afinal, essa ingerência anula a razão de ser do contraditório, compromete o tratamento isonômico das partes e centraliza as atividades processuais relevantes na mão do juiz.

Enquanto o direito penal deve operar como uma contenção da arbitrariedade do exercício do poder punitivo estatal, o processo penal é o filtro para a concretização desse direito, estando conectado funcionalmente a ele, o que ressalta a necessidade de cautela na

comunicações em sistemas de informática e telemática ou de outras formas de comunicação; b) afastamento dos sigilos fiscal, bancário, de dados e telefônico; c) busca e apreensão domiciliar; d) acesso a informações sigilosas; e) outros meios de obtenção da prova que restrinjam direitos fundamentais do investigado; XII - julgar o habeas corpus impetrado antes do oferecimento da denúncia; XIII - determinar a instauração de incidente de insanidade mental; XIV - decidir sobre o recebimento da denúncia ou queixa, nos termos do art. 399 deste Código; XV - assegurar prontamente, quando se fizer necessário, o direito outorgado ao investigado e ao seu defensor de acesso a todos os elementos informativos e provas produzidos no âmbito da investigação criminal, salvo no que concerne, estritamente, às diligências em andamento; XVI - deferir pedido de admissão de assistente técnico para acompanhar a produção da perícia; VII - decidir sobre a homologação de acordo de não persecução penal ou os de colaboração premiada, quando formalizados durante a investigação; XVIII - outras matérias inerentes às atribuições definidas no caput deste artigo. Em: BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 outubro de 1941**. Brasília: Congresso Nacional, 1941.

prática e da observância das garantias processuais. O processo penal, enquanto procedimento em contraditório regido e voltado ao acerto do caso penal, é o único meio institucional reconhecido constitucionalmente para possibilitar a imposição de uma pena privativa de liberdade ao acusado.

Ainda assim, ressalta-se que o processo penal é, em si, uma violência, ao passo que faz recair sobre o acusado uma carga estigmatizadora social significativa, sem falar que o processo torna possível a imposição de medidas cautelares aptas a tolher direitos fundamentais como a própria liberdade. Por isso, inclusive, a formação do processo depende da apresentação de indícios de autoria e materialidade do crime pela acusação. Ademais, o viés investigativo, a estrutura processual pautada na atividade dialética do contraditório, a concentração do poder decisório nas mãos de um ator e a necessidade de observância de regras rígidas, independentemente das características e perfis dos sujeitos envolvidos no caso penal, refletem uma lógica adversarial e uma racionalidade avessas à JR.

Mais além, em um contexto de exclusão e de uma sociedade de riscos, o direito penal eficientista, impulsionado pela contenção desses riscos e pelo clamor da repressão torna-se ainda mais violento, pois tende a recorrer a meios que favoreçam a velocidade dessa contenção, direcionada pela eficácia punitiva³²³. Com isso, a relativização de garantias, que atrasam a concretização da punição, e a assimilação de técnicas de barganha penal no ordenamento jurídico apontam para uma renovação estratégica da promoção de exclusão social pelo sistema penal. O discurso de resgate das categorias acusatórias talvez já não possa mais produzir efeitos de contenção da violência em virtude da própria falência do processo penal enquanto categoria, especialmente quando, na realidade social “boa parte dos crimes praticados pelos excluídos e marginalizados economicamente são resolvidos pela aplicação sumária da pena de morte pelas empresas de segurança privada ou pela própria polícia”³²⁴.

É nesse sentido que Clara Roman Borges ponderou ser necessário dar-se mais um passo em direção ao novo e, para tanto, as práticas restaurativas, como alternativas ao processo e à pena, trazem reflexões dialógicas e inclusivas sobre a reação institucional ao

³²³ Isso não significa que o processo deva ser lento, pelo contrário, sua razoável duração é um direito fundamental (art. 5º, inc. LXXVIII), porém a celeridade não dá carta branca para o atropelamento de todas as demais garantias processuais que, em razão da conexão instrumental do processo com o direito penal, tem como intuito proteger a liberdade em face de arbitrariedades. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Risco e Processo Penal: uma análise a partir dos direitos fundamentais do acusado**. Salvador: Editora JusPodivm, 2009, p. 17-19.

³²⁴ BORGES, Clara Maria Roman. Um olhar para além dos sistemas processuais... Op. cit., p. 158-159.

delito. Fica claro, portanto, que as práticas restaurativas não podem substituir o processo penal enquanto ritos de acertamento do caso penal, afinal isso seria inconstitucional. Em outras palavras elas não são, operacional e juridicamente, meios alternativos de aplicar a pena. Resta então verificar de que maneira o desenvolvimento paralelo das práticas restaurativas em fases pré, pós ou simultâneas ao processo penal podem provocar efeitos jurídicos na seara criminal para promover um sistema de justiça mais inclusivo e menos violento.

Considerando então que a forma do processo penal não impossibilita o seu diálogo com a JR, iniciaremos a reflexão sobre os princípios reitores do processo penal que comumente são postos como óbices a sua interação com a JR. O objetivo do próximo tópico será aprofundar reflexões sobre a maneira que esses princípios afetam realmente a realização das práticas restaurativas com casos penais e se a recepção do resultado dessas práticas no campo (pré ou pós) processual pode, de algum modo, ser invalidada pelos pressupostos do processo.

2.3 Dos princípios do processo penal apontados como óbices à adoção de práticas restaurativas: entre a demarcação de espaços de interlocução à possibilidade da via restaurativa como alternativa à persecução penal e à punição

Este subcapítulo visa a oferecer um panorama sobre o conteúdo fundamental e razão de ser de determinados princípios do processo penal que são aventados como óbices à adoção de práticas restaurativas no campo penal. A proposta é verificar até que ponto tais princípios são efetivamente barreiras para a execução das práticas restaurativas ou limites para o seu uso enquanto alternativas ao acertamento do caso penal e à punição. Tal exercício evidenciará ainda mais os pontos de tensão entre a racionalidade restaurativa e a processual penal, facilitando o mapeamento de quais momentos ou espaços pré, durante ou pós-processuais seriam mais adequados à promoção de um diálogo que não comprometa a essência dos princípios restaurativos e das garantias processuais fundamentais.

No que toca ao princípio da legalidade, a primeira observação refere-se à inexistência de lei que regule especificamente os momentos processuais viáveis para aplicação das práticas restaurativas no âmbito do procedimento penal comum para além do rito sumaríssimo. Outra questão diz respeito à forma de condução de tais práticas, considerando que hoje elas são regulamentadas em Resoluções do CNJ e CNMP, enquanto

a tipicidade dos atos processuais penais demanda a sua previsão em lei para fins de assimilação na esfera processual.

Sobre o princípio da jurisdição, aventa-se como óbice o discurso de que o reconhecimento de espaços aos envolvidos no conflito (vítima e autor do delito), para influenciarem a decisão penal, implica na contaminação da racionalidade processual pela vingança e intimidação. Pressupõe-se que esses envolvidos não têm clareza e civilidade para dialogar pacífica, racional e construtivamente em situações envolvendo casos penais. A vítima é vista como vulnerável e/ou vingativa e seu ofensor como violento, o que, nessa ótica, inviabilizaria a racionalização jurídica do caso e o seu devido acerto.

Os mais céticos associam as práticas restaurativas no campo penal como uma porta de entrada à vingança privada e a elementos que permitem ao juiz exercer a função de “justiceiro”. Ao se permitir que vítima e autor da ofensa, ainda de forma mediada, participem da construção de uma resposta ao caso penal, o receio da revitimização e da manipulação da abordagem restaurativa para fins de impunidade fazem surgir a dúvida sobre a usurpação do papel jurisdicional na seara criminal.

Mais além, acerca da institucionalização das práticas restaurativas, Giamberardino afirmou que os maiores dilemas jurídicos sobre o tema remetem à jurisdição, que é indefeível, ao princípio da obrigatoriedade e à manutenção da ampla defesa³²⁵. Completando o raciocínio, o autor pontuou que os momentos de institucionalização das práticas, mesmo que atuando em paralelo ao processo, seriam antes ou depois do acerto do caso penal. Considerando essas observações, entendemos, que outra forma de divisão, talvez mais precisa, para delimitar os momentos de oferecimento das práticas também poderia ser: (i) a pré-processual (antes ou após a investigação), (ii) processual (antes ou após o acerto do caso penal) e (iii) pós-processual (durante a execução da sanção penal).

Em se tratando de sua realização em sede pré-processual, há o risco de a prática restaurativa ter seus efeitos positivos mitigados, visto que o promotor, preenchidas as condições de admissibilidade da ação, poderá propor a denúncia amparando-se no princípio da obrigatoriedade. Assim, a possibilidade do autor da ofensa, que já participou da prática, suportar o ônus da punição para além do acordado com a vítima, seria um fator de desincentivo ao cumprimento de um acordo, o que gera revitimização.

³²⁵ GIAMBERARDINO, André Ribeiro. *Crítica da Pena e Justiça Restaurativa...* Op. cit., p. 211.

Na fase processual, o contexto adversarial do processo pode desconstruir o senso de responsabilidade que as práticas restaurativas visam a consolidar, pois o autor da ofensa, no ambiente formal, acusatório e hostil das cortes penais, é convidado a se colocar de antagonismo à vítima. Não bastasse isso, toda a rede de laços relacionais eventualmente tenha sido fortalecida durante a abordagem restaurativa poderia ser abalada por eventual aplicação de uma pena ou mesmo pela carga estigmatizante do próprio processo em si, dificultando a reintegração social do autor da ofensa e mitigando suas possibilidades de reparar o dano à vítima.

Ainda, o cumprimento de um acordo restaurativo, em um viés ideal, poderia acarretar na extinção da punibilidade, como ocorre nas práticas autocompositivas atreladas aos juizados especiais criminais. Contudo, a atividade processual consiste no acerto do caso penal conforme a lei e o cumprimento de acordo restaurativo não é previsto como causa de extinção da punibilidade nos procedimentos penais objetos deste trabalho. Além disso, vige no ordenamento pátrio o princípio da indisponibilidade do processo previsto no art. 42 do CPP. Tal dispositivo dispõe que “o Ministério Público não poderá desistir da ação penal” que propôs, portanto, em se tratando da oferta de práticas restaurativas em sede processual, por hora, parece que seu uso como alternativa em relação ao processo e à punição está também vinculada ao reconhecimento de seu uso alternativo no campo pré-processual. Isso porque, se as práticas e seus resultados positivos viabilizarem o reconhecimento uma ausência da condição de ação para a persecução penal, essa ausência pode ser reconhecida de maneira superveniente na fase processual. Além disso, as mudanças que provocadas na realidade material, por meio das práticas restaurativas, podem ser consideradas pelo juiz natural e gerar efeitos jurídicos em termos de dosimetria da pena, estipulação de regime de cumprimento, etc.

Outro ponto alude ao princípio processual da ampla defesa e o princípio restaurativo da confidencialidade cujo diálogo traz a dúvida: quando um réu ou investigado aceita dialogar com o ofendido, estaria ele confessando, ainda que tacitamente, a autoria do delito? Essa é uma reflexão que deve ser feita pelos estudiosos da JR quando confrontados com o fato de que o contato entre JR e processo penal arrisca mitigar garantias, afinal as práticas restaurativas não foram desenhadas como ritos de acerto do caso penal e, consequentemente, não possuem os mesmos recortes procedimentais do processo penal.

A dúvida traz tensionamentos de ordem lógica em relação à operacionalização e o contato da JR com o processo penal. Primeiro porque aceitar ser responsabilizado e buscar reparar um dano pressupõe que o sujeito, ainda que não expresse, reconheça a sua autoria,

caso contrário não faz sentido a sua participação nas práticas restaurativas. As normativas sobre JR resolvem isso formalmente, proibindo associação da participação do acusado com a admissão de culpa, ainda assim, a contradição lógica permanece, a menos que se admita um caráter investigatório para as práticas restaurativas (definição de autoria). Segundo, estando em vias de ser processado ou condenado, nada impede que um indivíduo inocente, ou parcialmente responsável pelos atos imputados pela acusação, aceite participar da abordagem restaurativa para minimizar danos advindos da persecução ou condenação penal. Isso, além de uma injustiça é uma coação institucional implícita, outro risco a ser considerado.

Sobre o uso das práticas restaurativas após o acerto do caso penal, não há óbices do ponto de vista legal. As práticas seriam bem-vindas para fins de propiciar uma retração direta de ofensor para com a vítima, facilitar a reintegração social deste, encaminhá-lo para programas de inclusão social e contribuir para a aproximação entre preso e sociedade. Apesar disso, há o problema de confusão entre as práticas restaurativas com penas alternativas, o que é um equívoco a ser evitado. As práticas, como o processo, são rituais de construção de respostas, não respostas em si, como a reparação ou a punição.

Considerando que os princípios da jurisdição, do juiz natural e da legalidade já foram abordados e desconsiderados como óbices à institucionalização da JR, o presente subcapítulo será direcionado à análise panorâmica: **(i)** da indisponibilidade do processo penal da **(ii)** obrigatoriedade do oferecimento da ação penal pelo MP, **(iii)** do contraditório e sua incompatibilidade com a lógica restaurativa, **(iv)** da presunção de inocência, ou não-culpabilidade, e a participação de pessoas nas práticas restaurativas e.

2.3.1 O princípio da indisponibilidade do processo penal e a execução paralela de práticas restaurativas durante a tramitação processual

Extraído dos arts. 42 e 576 do CPP, o princípio da indisponibilidade implica no fato do MP não ter o poder de dispor do processo penal após a propositura da ação, ou do recurso após a sua interposição. Ele também se aplica aos processos penais ajuizados mediante ação penal privada subsidiária da pública (art. 29 do CPP), pois o MP deve assumir o processo iniciado e negligenciado pelo querelante sem ter qualquer disposição em relação a ele³²⁶. Dogmaticamente falando, um dos fundamentos do princípio em tela é

³²⁶ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal...** Op. cit. 335.

porque a titularidade do poder punitivo pertence ao Estado e não ao MP, que apenas possui o poder de exercício da ação penal³²⁷.

A indisponibilidade, ao vincular o MP ao processo e ao recurso interposto, oferece a segurança para o cidadão de que este poderá esperar uma decisão jurisdicional ao final de cada processo. Trata-se de uma justificativa assentada na segurança jurídica e na promoção da paz social, pressupondo-se que, ajuizada a ação penal ou interposto o recurso pelo MP, esses elementos apenas serão concretizados depois do devido acerto do caso penal. Em termos mais práticos o princípio também tem como funcionalidade inviabilizar que pressões externas, políticas, ou econômicas comprometam a atuação do MP em conformidade com a lei e que o promotor de justiça ajuíze ações penais levianamente, pois ele ficará vinculado aos processos que originou até o final.

Uma possibilidade de extinção do processo iniciado sem ser pela via do acerto do caso penal está prevista no art. 89 da Lei n. 9.099 de 1995. Tal dispositivo trata da possibilidade de oferecimento da suspensão condicional do processo nos crimes cuja pena mínima cominada seja igual ou inferior a um ano. Outra exceção é a possibilidade da proposição de transação penal até o final da fase de instrução (art. 76 interpretado à luz do Enunciado nº 114 do FONAJE). Nas circunstâncias previstas no art. 89, portanto, o MP pode propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, devendo estar presentes também os requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do CP)³²⁸. Em situações como essa, as práticas restaurativas poderiam servir de meio para a construção dos termos que embasariam a propositura das condições da suspensão condicional do processo e da transação penal. Observa-se que, mesmo nesses casos, o MP não simplesmente desiste da ação, pois seu ato de disposição está vinculado às previsões normativas.

A indisponibilidade do processo também não traz como consequência a vedação ao uso paralelo de práticas restaurativas concomitantemente ao processo. Ele surge como um limite ao poder de disposição do MP, mas de modo algum limita os efeitos jurídicos que as práticas podem produzir de fora para dentro do processo. Considerando a ausência de limitação legislativa, esses efeitos podem ser dos mais diversos, desde a mitigação da

³²⁷ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos Princípios Gerais do Processo Penal Brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, Curitiba, a. 30, nº 30, p. 163-198, 1998, p. 184.

³²⁸ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal...* Op. cit. 335.

severidade da punição, em caso de condenação, até o acerto do caso penal pela via de reconhecimento superveniente da ausência das condições de ação.

Mesmo no campo processual parece ser juridicamente possível conceber que as práticas restaurativas viabilizem a alternatividade entre tutela penal e abordagem dialógica do caso, mesmo que o MP não possa desistir do processo. O próprio MP, ao considerar que o processo perde a razão de ser, com a efetivação das práticas restaurativas e cumprimento do acordo restaurativo, pode pleitear ao juiz o reconhecimento de ausência superveniente de justa causa e a rejeição da denúncia mesmo após o seu recebimento. Essa possibilidade também encontra amparo na Teoria Geral do Processo em se tratando da falta de interesse de agir. Isso porque a justa causa, enquanto conceito não delimitado em lei, pode ser interpretada como uma barreira adicional à persecução penal no sentido de efetivar concretamente o princípio da intervenção como último recurso. Nesse sentido, o processo poderia ser extinto com em virtude da desnecessidade da intervenção penal ante a reprovação dos atos do autor da ofensa, a reparação ou minimização dos danos à vítima e pacificação relacional atingida pelas práticas restaurativas, por exemplo. Tais reflexões serão aprofundadas no final deste Capítulo e no decorrer do Capítulo IV.

A alternatividade entre processo em curso e práticas restaurativas parece encontrar seu maior desafio em termos operacionais e em relação a como a JR pode ser interpretada para afetar as condições do exercício da pretensão acusatória, o que demanda a reflexão envolvendo o princípio da obrigatoriedade, cada vez mais mitigado no ordenamento jurídico. Portanto, o princípio da indisponibilidade parece ser mais uma vedação à discricionariedade dispositiva do MP em relação aos efeitos processuais da JR do que efetivamente uma limitação absoluta aos efeitos das práticas restaurativas JR na esfera processual, inclusive em se tratando de extinção do processo e alternatividade.

2.3.2 O princípio do contraditório como elemento constitutivo da atividade processual e inaplicável às práticas restaurativas

Alçado à categoria de direito fundamental individual pelo art. 5º, inciso LV, da Constituição da República, o contraditório, como apontou Coutinho, implica no direito das partes de exporem suas razões, requererem a produção ou produzirem provas e tomarem ciência dos atos e termos processuais com igualdade de oportunidades no processo. O contraditório se contextualiza em um processo penal de partes, de matriz acusatória,

conferindo sentido à atividade processual, bem como concretizando a isonomia (art. 5º, *caput*) e o devido processo legal (art. 5º, LIV, da Constituição)³²⁹.

Frederico Marques descreveu o contraditório como princípio inseparável da administração de uma justiça bem organizada, pois ele é o elemento norteador da atividade processual. O autor, contudo, ressaltou que garantia do contraditório não implica em sua concretização, pois se trata de um direito efetivado somente pelos atos da própria parte, que deverá produzir provas, contestar e manifestar-se durante os atos processuais para que possa exercer o contraditório³³⁰. Portanto, a revelia não é uma violação ao contraditório.

Para Elio Fazzalari, o contraditório é o elemento constitutivo do processo (espécie), distinguindo-o de outros tipos de procedimento (gênero) cujo concatenamento de atos destinam-se a determinado fim³³¹. Ele também é essencial para o desenvolvimento do processo jurisdicional, pois garante a oportunidade de informação e reação das partes, vinculando o juiz a estas e elas entre si³³². A concepção do processo como conjunto de atos preordenados, desenvolvidos sob a égide do contraditório e tutelados por um juiz imparcial até uma decisão final (sentença) foi, portanto, fundamental para a democratização do processo penal³³³.

Em um processo penal democrático, opção feita pelo constituinte, o ônus da prova é encargo da acusação e o direito de defesa é faculdade a ser exercida pelo imputado³³⁴. Nas palavras de Ferrajoli, o contraditório se apresenta como instrumento de controle do método da prova, situado em uma epistemologia de falsificação que exige um processo de cunho investigativo assentado na presunção de inocência³³⁵. Sem essa presunção, o contraditório e o processo não fariam sentido.

O contraditório pressupõe o vínculo processual de cada parte entre si e com um juiz imparcial, que deve confrontar o arguido por elas com as provas apresentadas e produzidas³³⁶. As acusações, conseqüentemente, para possibilitarem a refutação pelo

³²⁹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos Princípios Gerais do Processo Penal Brasileiro... Op. cit., p. 187, 189.

³³⁰ MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**... Op. cit., p. 89, 345.

³³¹ SILVEIRA FILHO, Sylvio da. **Introdução ao Direito Processual Penal**... Op. Cit., p. 120.

³³² LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**... Op. cit., p. 54.

³³³ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**... Op. cit., p. 52.

³³⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 490.

³³⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**... Op. cit., p. 490.

³³⁶ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos Princípios Gerais do Processo Penal Brasileiro... Op. cit., p. 187.

acusado, “devem consistir em asserções empíricas”, falseáveis e referentes, taxativa e materialmente, ao caso penal³³⁷.

Integram o contraditório o direito à informação (conhecimento), à paridade de armas (igualdade entre as partes quanto aos meios para promover o convencimento do juiz) e à igualdade de oportunidades³³⁸. Quanto à paridade de armas, esta remete também ao fato do acusado ter direito a um defensor que zele por seus interesses durante a tramitação do processo, sendo responsável por pelear juridicamente com o MP quando este não requer a absolvição³³⁹.

A garantia do contraditório vincula-se ao direito à ampla defesa, especialmente no que toca ao direito de informação. Além disso, a ampla defesa apregoa que mesmo o acusado não desejando reagir à pretensão acusatória, há a necessidade dele ser assistido por um defensor, nos termos do art. 261 do CPP, que deverá estar presente inclusive quando o acusado se esteja ausente ou foragido³⁴⁰.

Como ressaltou Renato Brasileiro de Lima, o processo penal pressupõe que as partes atuem em posições antagônicas, acusação e defesa, o que justifica assegurar a ambas iguais possibilidades de contrapor as provas e argumentos apresentados pela contraparte. Assim, o contraditório compreende a paridade isonômica de oportunidades para reagir aos movimentos da outra parte³⁴¹. Dessa maneira, a parte acusada poderá, através de um defensor, contrariar as imputações e integrar a discussão sobre o delineamento do fato objeto do caso penal.

O contraditório traz consigo a essência adversarial do processo, tratando do exercício justo e qualificado do dissenso em busca do convencimento do terceiro detentor do poder decisório. Sua observância é essencial para o objetivo imediato do processo, que é o acerto do caso penal. Caso contrário, a legitimidade das decisões proferidas pela jurisdição restaria severamente mitigada em face da inobservância da igualdade de oportunidades e igual disponibilização de informações às partes. O contraditório também serve a fins mediatos do controle social, sendo uma segurança de que, conjuntamente com a ampla defesa, o poder punitivo não será exercido sem um procedimento no qual o acusado seja ouvido e tenha chances processuais reais para desconstituir a acusação.

³³⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão...** Op. cit., p. 490.

³³⁸ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal...** Op. cit., p. 53.

³³⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão...** Op. cit., p. 490.

³⁴⁰ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal....** Op. cit., p. 87.

³⁴¹ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal....** Op. cit., p. 86.

Observa-se que o contexto de exercício do contraditório é diverso daquele no qual se desenvolvem as práticas restaurativas. Eventual temor em relação à supressão da oportunidade de resposta do suposto ofensor, quando confrontado com a perspectiva dos demais participantes na abordagem restaurativa, não é um problema relativo ao contraditório, pois as práticas não miram o convencimento de um terceiro imparcial, e sim o consenso. Não há contraditório no campo da JR, portanto, mas um tratamento horizontal e isonômico que representa apenas um dos aspectos do princípio em pauta.

Enquanto a racionalidade que rege a construção da resposta oferecida pelas práticas restaurativas é de base consensual e cooperativa, no processo penal a lógica é de supressão adversarial do ponto de vista alheio, tendo-se como enfoque o convencimento de um terceiro portador de todo o poder decisório (juiz). A interação entre os polos opostos, em sede processual, dá-se por intermédio do juiz, enquanto na abordagem restaurativa, ainda que mediada, o diálogo entre vítima e autor da ofensa tende a se tornar direto, ressaltando-se que o facilitador (mediador) deve contribuir para tanto. A perspectiva restaurativa não pressupõe a adversariedade e antagonismo como ocorre no processo.

Assim, as pessoas envolvidas em uma abordagem restaurativa, em tese, construiriam, por meio de um diálogo horizontal, uma verdade que funcionaria como uma resposta à situação, produzida pelos envolvidos para os envolvidos, e não voltada ao convencimento de um terceiro. As primeiras pessoas que precisariam se convencer de que a solução é aceitável são os participantes, que, na ótica purista, não são obrigados a aceitar nada, em virtude do princípio da voluntariedade que rege essas práticas.

Em se tratando de eventuais desequilíbrios e pressões de um participante sobre o outro nas práticas restaurativas, tais distúrbios devem ser compensados, ou desconstruídos pela intervenção dos facilitadores presentes, que precisam assegurar iguais oportunidades de fala a todos e preservar a horizontalidade das interações autocompositivas. Ademais, o teor de eventual acordo celebrado entre os participantes pode sofrer a análise de advogados, bem como deve ser submetido a um juiz e um promotor de justiça para produzir efeitos jurídicos sobre o processo penal. Isso minimizaria as chances de eventuais desequilíbrios não sanados durante a fase de construção de acordo e é justamente no caso de posteriores questionamentos processuais sobre os termos e efeitos do acordo que se verifica a necessidade de observar do contraditório.

Ainda assim, se tais desavenças partem de arrependimento posterior da vítima ou do acusado (previamente à homologação do acordo), elas podem ser sanadas de modo autocompositivo. Partindo do juiz ou promotor, mesmo na fase pré-processual ou

processual, é importante que tanto a vítima (mesmo que não seja parte) quanto o acusado sejam ouvidos sobre a experiência restaurativa, cada um devidamente acompanhado de um representante legal. Trata-se de uma forma de assegurar a fiscalização da voluntariedade.

O recurso ao contraditório também pode ser cogitado no caso de discordância sobre o cumprimento de acordo. Para tanto, seriam oportunizados momentos para que os participantes no processo possam delinear ao juiz o que aconteceu e em que medida o acordo foi ou não cumprido. Com isso o magistrado verificará de que modo deverá considerar os efeitos das práticas restaurativas no processo.

Na seara pré-processual, caberá ao réu comprovar ao MP que cumpriu com o acordado, o que dependerá da estipulação de cláusulas positivas e negativas bem objetivas na minuta do acordo restaurativo, não havendo ainda que se falar em contraditório. Para fins de execução penal, o contraditório poderá ser exercido nos mesmos termos da fase processual, voltando-se ao convencimento do juiz de execução. Mesmo neste sentido, portanto, o contraditório não resta maculado e essas interlocuções então buscam preservar a legalidade do consenso, o qual, como o contraditório, pressupõe condições adequadas ao exercício equilibrado do dissenso.

Importante observar também que o contraditório não é um direito absoluto, principalmente em virtude da sua natureza de princípio, pois embora ele vise a garantir um processo penal democrático e seja essencial ao devido processo legal, admite-se sua mitigação em face de outros princípios de hierarquia constitucional, como, por exemplo, o direito à intimidade e à privacidade³⁴², que dialogam diretamente com o princípio da confidencialidade das discussões realizadas nas práticas restaurativas. Além disso, como exemplo de que o contraditório não precisa ser exercido no sentido de contradizer, o acusado pode, mesmo munido de uma defesa técnica, manifestar sua concordância com os fatos imputados e suas qualificações, confessando e deixando, efetivamente, de contrariar a acusação ao ser interrogado.

Os contatos envolvendo as práticas restaurativas e o processo penal parecem não comprometer o devido exercício do contraditório. Primeiro, porque não há contraditório durante as práticas restaurativas. Segundo, porque elas não podem ser realizadas no processo, mas sim paralelamente a ele. Terceiro, porque todo o acesso que o juiz tenha ao conteúdo do acordo restaurativo também será assegurado às partes processuais e à vítima, podendo o contraditório ser regularmente exercido no caso de eventual discordância entre

³⁴² COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos Princípios Gerais do Processo Penal Brasileiro... Op. cit., p. 187.

os atores processuais ou arrependimento da vítima antes da homologação do acordo. Quarto, pois o contraditório, em caso de divergência das partes processuais em relação ao (des)cumprimento do acordo, pode ser devidamente realizado a partir da igual disponibilização de oportunidade para manifestação das partes no sentido das provas que desejam apresentar tomando como referências as cláusulas do acordo. Quinto, pois mesmo que a participação em práticas restaurativas demandasse o reconhecimento prévio da confissão (o que é vedado pelo art. 2º, §1º, da Resolução nº 225 de 2016 do CNJ), esta já é uma possibilidade em sede processual, e não implica em violação ao contraditório.

2.3.3 A Presunção de Inocência como fundamento para o processo e sua relação com a participação do investigado ou acusado nas práticas restaurativas

A presunção de inocência é uma garantia de verdade, liberdade e segurança aos cidadãos, pois a Justiça merece confiança e não pode ser norteadada pelo arbítrio³⁴³ ou pela suposição fática, especialmente quando o respeito a direitos fundamentais está em jogo. Assim, Aury Lopes Jr., citando Vegas Torres, pontuou que as três implicâncias mais relevantes do princípio da presunção de inocência são: **(i)** o oferecimento de uma garantia fundante do processo ao cidadão em face ao poder punitivo; **(ii)** o norteamiento do tratamento processual do imputado (dever de tratamento), que não deve, via de regra, ter seus direitos restringidos antes de uma condenação; **(iii)** o fato do ônus probatório para a demonstração da culpabilidade do imputado ser da acusação (*nulla accusatio sine probatione*), devendo esse preservar seu estado de inocência caso sua culpa não reste demonstrada (*in dubio pro reo*)³⁴⁴. A presunção de inocência, portanto possui caráter *iuris tantum* (admite prova em contrário), caso contrário, o processo não teria utilidade nenhuma.

Quanto à dimensão da necessidade de condenação criminal para a supressão do estado de presunção de inocência e a questão do ônus probatório da acusação em relação a demonstrar a culpabilidade réu, Ferrajoli concebeu a primeira como o sentido *lato* da presunção de inocência (por se aplicar a todas as pessoas), e a segunda como seu sentido estrito (por se aplicar aos investigados e acusados)³⁴⁵. Lopes Jr. também tratou da dimensão

³⁴³ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal...** Op. cit. p. 140.

³⁴⁴ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal...** Op. cit., p. 141,395-396.

³⁴⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão...** Op. cit., p. 441.

extraprocessual da presunção de inocência, associando-a à vedação da publicidade abusiva do processo principalmente em relação à atuação midiática³⁴⁶.

No Brasil a presunção de inocência é um direito individual fundamental extraído do art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, o qual dispõe que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (*nulla culpa sine iudicio*). Em outras palavras, o estado de inocência de cada um só poderá deixar de existir quando houver uma decisão judicial penal, transitada em julgado, reconhecendo a culpabilidade do sujeito. De modo mais específico, o art. 8º, inciso II, do Pacto de São José da Costa Rica estipula que “toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa”.

Ferrajoli, citando Luigi Lucchini, esclareceu que a presunção de inocência representa um corolário lógico do fim racional do processo³⁴⁷, pois caso o réu fosse considerado culpado antes da finalização do rito processual, o processo perderia sua razão de existi, tornando-se um mero teatro para legitimar a aplicação da sanção penal. Em vista disso, a presunção de inocência implica em uma regra probatória que incumbe à acusação demonstrar, com exclusividade de ônus, a culpabilidade do acusado, comprovando os fatos imputados e não apenas demonstrando da inconsistência da defesa³⁴⁸. Tal comprovação é feita nos ditames da lei, do devido processo legal e sem constranger o acusado a colaborar com a apuração dos fatos, de tal modo que a presunção de inocência confere ao imputado o direito ao silêncio.

A condenação penal do réu só poderá ocorrer quando sua culpabilidade estiver devidamente provada acima de dúvida razoável, o que, como ponderou Renato Brasileiro, não significa a imposição de certeza ao julgador, mas sim de uma convicção assentada em uma acervo probatório que aponte para a culpa sem ser desqualificado substancialmente por outras variáveis ou dúvidas. A decisão, quando possível, deve favorecer o acusado, pois este não tem a obrigação de provar que não praticou o delito³⁴⁹.

Segundo Renato Brasileiro, a presunção de inocência, embora também se aplique como regra de tratamento, coibindo prisões processuais automáticas, não veda o decreto de prisões cautelares para assegurar a efetividade do processo. Para tanto, assentando-se na doutrina de J. J. Gomes Canotilho, o autor afirmou que uma interpretação radical da presunção poderia inviabilizar a efetivação do processo penal, pois o próprio art. 5º, inciso

³⁴⁶ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal...** Op. cit., p. 142

³⁴⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão...** Op. cit., p. 441.

³⁴⁸ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal...** Op. cit., p. 81.

³⁴⁹ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal...** Op. cit., p. 81

LXI, da Constituição Federal permite que as pessoas sejam presas em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judicial competente, excepcionando-se esta regra em casos de transgressão ou crime militar³⁵⁰.

No mesmo sentido, o art. 283 do CPP trata da legitimidade da prisão preventiva, admitindo sua efetivação antes de condenação penal no curso da investigação ou do processo. O conteúdo dessa regra, de redação fruto da Lei nº 12.403 de 2011 (pós-Constituição de 1988), reforça a relativização da presunção de inocência no Brasil e dá permeabilidade à antecipação prática dos efeitos da pena, mesmo antes do acerto do caso penal.

Além dessas mitigações legais, o próprio imputado possui a faculdade de confessar a prática delituosa, produzindo prova contra si mesmo se tal confissão for espontânea e ele estiver devidamente informado sobre sua validade como prova. A existência da confissão, no entanto, não exime o Estado de respeitar e garantir a realização do devido processo penal a fim de verificar se o réu deve ser condenado pelo que alega ter feito, ou mesmo se tal confissão é respaldada pelas provas apresentadas. Dessa forma, ainda que o réu seja confesso, não é legítimo ao Estado, fora das relativizações já apontadas, tratá-lo diversamente de outrem que não foi condenado. O réu confesso ainda goza da presunção de inocência, afinal, a confissão é somente uma prova da prática delituosa e, a luz das demais e do contexto na qual se insere, ela deve ser valorada nos momentos processuais adequados.

A preservação da presunção de inocência é uma questão polêmica quando o assunto é o contato de abordagens autocompositivas e o processo penal. No âmbito das práticas restaurativas, espera-se que os envolvidos em um conflito dialoguem a fim de compreenderem as causas e consequências do ocorrido, responsabilizando-se por suas respectivas contribuições com o conflito e se esforçando, se desejarem, para construir uma resposta apta a reparar ou minimizar os efeitos do mal causado. Na JR, o diálogo entre suposto autor da ofensa e o suposto ofendido só teria sentido se ambos concordarem, ao menos essencialmente, sobre os fatos relativos ao caso, o que, em tese, implica no reconhecimento por parte deste quanto a sua autoria, afinal, não seria viável, de modo dialógico, promover a responsabilização de alguém que nega ter causado um dano a outrem³⁵¹.

³⁵⁰ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal...** Op. cit., p. 82

³⁵¹ FISCHER DA SILVA, Mário Edson Passerino. **Reflexões sobre a (in)viabilidade...** Op. cit., p. 1080.

Assim sendo, questiona-se se o investigado ou acusado penalmente participar de uma prática restaurativa, isso implica em uma assunção de autoria do delito, ainda que de forma tácita? Se não for este o caso, faz sentido que o investigado ou acusado se disponha a dialogar com a vítima sem reconhecer previamente que lhe causou algum dano? A polêmica é extraída desses dois pontos interconexos, pois se a participação é encarada como confissão ou sendo a confissão um requisito para a participação nas práticas restaurativas, estas ficariam reduzidas a poucos casos, ou pior: assumiriam o risco de forçar uma confissão por parte desses.

Essa questão encontra solução regulamentada por resolução do CNJ e pela Resolução nº 2002/12 do Conselho Econômico e Social da Organização das Nações Unidas, que trata dos princípios básicos para utilização de programas restaurativos na área criminal. A concordância sobre a essência dos fatos entre os envolvidos é um requisito para a participação em prática restaurativa no âmbito judicial, conforme os arts. 2º, §1º da Resolução nº 225 do CNJ e o art. 8º da Resolução nº 2002/12 do Conselho Econômico e Social da ONU, mas nos próprios dispositivos é ressalvado que esse reconhecimento não implica em admissão de culpa em caso de eventual retorno da conflito ao processo judicial³⁵². A regra, para aumentar a adesão às práticas restaurativas e resguardar a presunção de inocência, viabilizou, na forma de um remédio normativo, que o reconhecimento dos fatos essenciais fosse utilizado como prova de confissão no âmbito processual.

Ao meu ver, na prática e havendo essa informação, concordar sobre a essência dos fatos, em situações em que vítima e autor da ofensa não possuem um relacionamento prévio ao evento crime, implica também em concordar sobre quem foi o autor do crime e quem foi sua vítima. Supondo que o autor do roubo não reconheça sua autoria, o risco dele negá-la durante as práticas e adotar uma postura de antagonização da vítima durante as práticas restaurativas é maior, aumentando também o risco de revitimização do ofendido. Lembra-se que a JR não tem escopo investigativo, logo, especialmente em casos como este, a autoria é pressuposta. Diferente, é uma situação em que os envolvidos no conflito possuem um relacionamento prévio e oscilam entre as posições de vítima e ofensor, sendo

³⁵² “Art. 2º São princípios que orientam a Justiça Restaurativa: a corresponsabilidade, a reparação dos danos, o atendimento às necessidades de todos os envolvidos, a informalidade, a voluntariedade, a imparcialidade, a participação, o empoderamento, a consensualidade, a confidencialidade, a celeridade e a urbanidade. § 1º Para que o conflito seja trabalhado no âmbito da Justiça Restaurativa, é necessário que as partes reconheçam, ainda que em ambiente confidencial incomunicável com a instrução penal, como verdadeiros os fatos essenciais, sem que isso implique admissão de culpa em eventual retorno do conflito ao processo judicial. Em. BRASIL. Resolução nº225 de 31 de maio de 2016 ... Op. cit.

possível que o enfoque inicial da abordagem seja sobre a superação do conflito em si sem pressupor nenhuma autoria. Na situação de roubo, o conflito entre as duas pessoas é bem situado no tempo, logo é importante ficar claro desde o início da prática quem são autor e a vítima no relacionamento entre que surgiu entre aquelas pessoas, pois isso permite o desenvolvimento de um diálogo mais seguro para a vítima e facilita que outros conflitos e injustiças vinculadas à situação sejam expostos.

De todo modo, a saída encontrada pelas regras para evitar que a ausência de consenso nas práticas implique em uma desvantagem processual ao autor da ofensa, aumenta as chances do ofensor participar delas com espontaneidade, e não por medo de já ter confessado o crime. Da mesma maneira, isso permite que a vítima não use do espaço da JR para prejudicar o ofensor processualmente, desistindo no meio da abordagem para que ele seja processado com mais provas, ou ainda use a confissão para forçá-lo a aceitar determinado acordo.

Ainda que as referidas regras não existisse, a confissão, se feita após a devida orientação do sujeito, na presença de defensor, e sem qualquer coação direta pelo órgão acusador, não parece mitigar a presunção de inocência para além do que o ordenamento jurídico e a jurisprudência já admitem. Considerando-se que tal confissão não implica em renúncia ao direito do devido processo legal, isso fica ainda mais evidente. A presunção de inocência se aplica ao processo pelo seu caráter investigativo e potencial destrutivo, na JR, que é um espaço construtivo e cooperativo, ela fica descontextualizada, mas nesse diálogo entre JR e sistema penal, é incorreto afirmar que a presunção de inocência é mitigada para além do que a legislação já permite ao admitir a confissão espontânea do acusado seja usada como prova.

2.3.4 Fundamentos e polêmicas sobre o princípio da obrigatoriedade da ação penal: reflexões iniciais sobre o uso de meios autocompositivos para evitar a persecução penal³⁵³

O princípio da obrigatoriedade para a propositura da ação penal ou indisponibilidade do dever de oferecer a denúncia, apregoa que, uma vez preenchidos os

³⁵³ Parte deste subcapítulo tomou como referência o conteúdo do capítulo “Polêmicas sobre o Princípio da Obrigatoriedade da Ação Penal” integrante do artigo Reflexões sobre a (In)Viabilidade da Adoção de um Modelo Restaurativo de Justiça no Âmbito do Processo Penal Brasileiro: Uma Análise a Partir da Ótica da Instrumentalidade Constitucional do Processo”, contudo, foram realizadas correções no que tange à precisão conceitual sobre a interpretação de alguns autores e adequou-se ao conteúdo à vertente que toma como necessária a formulação de uma teoria do processo específica para o processo penal. Em: SILVA, Mário Edson Passerino Fischer da. (In)Viabilidade da Adoção de um Modelo Restaurativo de Justiça no Âmbito do Processo Penal Brasileiro... Op. cit., p. 1074-1080.

requisitos legais para o ajuizamento de uma ação penal pública, o MP não poderá dispor deste direito/dever e deverá dar início à persecução penal. Esse princípio é considerado uma consequência da legalidade por doutrinadores como Aury Lopes Jr.³⁵⁴, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho³⁵⁵ e Nereu José Giacomolli³⁵⁶. A justificativa para essa vinculação vai no sentido de que embora a obrigatoriedade não esteja expressamente prevista no ordenamento brasileiro³⁵⁷, o preenchimento das condições para o exercício da ação atrairia o dever de ajuizá-la, pois a lei penal prevê uma punição para quem a viole e o meio possível para efetivar essa punição é o processo³⁵⁸. Segundo essa lógica, a persecução e a punição do ilícito penal são medidas impostas aos órgãos públicos competentes em decorrência da lei.

Em posicionamento contrário, Vinícius Gomes Vasconcellos, partindo das conclusões de Alberto Binder, defendeu que tratar a obrigatoriedade como equivalente à legalidade é uma confusão doutrinária a qual dá a entender que o espaço de licitude está restrito ao ato de denunciar, enquanto também há legalidade quando, dentro dos limites normativos, o MP deixa de fazê-lo. Portanto, determinar o arquivamento de um inquérito ou de peças informativas referentes a um suposto caso penal decorre igualmente da legalidade, havendo respeito à obrigatoriedade quando, em não estando vinculado ao dever de acusar, o MP não acusa³⁵⁹. Embora não haja equívoco afirmar que a obrigatoriedade provenha do preenchimento das condições positivadas para a propositura da ação, utilizaremos esse termo para evitar confusões.

Citando Tourinho Filho, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho explica que o direito material de titularidade da ação penal pertence ao Estado, mas o exercício, ou não, deste, é uma atribuição do MP (art. 129, inc. I, da Constituição), que não poderá dispor discricionariamente dela³⁶⁰. Esse tipo de entendimento vai em direção do entendimento de parte da doutrina no sentido de que a obrigatoriedade provém do Princípio da Oficialidade, pois a aplicação do direito penal depende da atuação dos órgãos públicos e, se o legislador

³⁵⁴ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional...* Op. cit., p. 266-267.

³⁵⁵ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Introdução aos Princípios Gerais do Processo Penal...* Op. cit., p. 183-186.

³⁵⁶ GIACOMOLLI, Nereu José. **Legalidade, Oportunidade e Consenso no Processo Penal...** Op. cit. p. 49-56.

³⁵⁷ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Introdução aos Princípios Gerais do Processo Penal Brasileiro...* Op. cit., p. 183.

³⁵⁸ JARDIM, Afrânio Silva. **Ação Penal Pública: Princípio da Obrigatoriedade.** Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 43.

³⁵⁹ VASCONCELLOS, Vinícius Gomes. **Barganha e Justiça Criminal Negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal.** 2 ed., Belo Horizonte: Editora D' Plácido, 2018, p. 39-40, 132.

³⁶⁰ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Introdução aos Princípios Gerais do Processo Penal Brasileiro...* Op. cit., p. 183.

incrimina uma conduta, não pode o membro do MP ignorar a ação delituosa ou negar o interesse público na sua reprovação penal³⁶¹.

A aplicação da sanção penal, que é um dever estatal, depende, como regra, do acerto do caso penal por meio do processo legal, o qual somente será pelo oferecimento da denúncia. Na transação penal e na proposta de acordo de não-persecução penal, todavia, admite-se para determinados casos processáveis via ação penal pública incondicionada, a possibilidade de transação entre MP e investigado com o fito de se evitar um processo penal. Cumprido o acordo ou transação, que podem estipular a realização serviços comunitários, medida equivalente à pena restritiva de direitos, é extinta a punibilidade do investigado. Essas possibilidades indicam certa relativização do princípio da obrigatoriedade.

Através da atuação do MP o Estado exerce a persecução penal sem comprometer a imparcialidade do juiz, que se resignará a fiscalizar a legalidade do processo, a observância das garantias processuais fundamentais e a realizar o acerto do caso penal³⁶². Assim, o ordenamento prevê critérios que amarram o MP ao dever de propor a denúncia, evitando juízos de oportunidade e arbitrariedades pelo promotor³⁶³.

Antes da reforma da Lei nº 13.964 de 2019, Frederico Marques afirmou que a obrigatoriedade podia ser deduzida da lei a partir dos seguintes elementos: **(i)** do fato de que o MP não pode arquivar a ação diretamente, sem a análise do decreto de arquivamento pelo juiz (o que foi modificado com o novo art. 28 do CPP), **(ii)** do princípio da indisponibilidade do processo (art. 42 do CPP) e **(iii)** da possibilidade de remessa judicial da determinação de arquivamento do inquérito ao Procurador-Geral quando esse discordar das razões invocadas pelo promotor para arquivar a investigação (também modificado)³⁶⁴.

Apesar disso, Frederico Marques refletiu que, ao fazer uso do termo “razões invocadas”, o ora revogado art. 28 não impedia o promotor de justificar o arquivamento do inquérito com base em motivos de oportunidade, afinal a lei não elencou os limites dessas razões³⁶⁵. Acerca da expressão “razões invocadas”, Gebran Neto aprofundou a reflexão de

³⁶¹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos Princípios Gerais do Processo Penal Brasileiro... Op. cit., p. 43, 45

³⁶² JARDIM, Afrânio Silva. **Ação Penal Pública...** Op. cit., p. 23.

³⁶³ GIACOMOLLI, Nereu José. Legalidade, Oportunidade e Consenso no Processo Penal... Op. cit. p. 64.

³⁶⁴ “Art. 28. Se o órgão do MP, em vez de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, **fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do MP para oferecê-la, ou insistirá na determinação de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender**”. Em: BRASIL. Congresso Nacional. **Decreto-lei nº 3.689, de Outubro de 1941** ... Op. cit.

³⁶⁵ MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal...** Op. cit., p. 312.

Marques, ressaltando que o art. 28 permitiria ao juiz recorrer a mandamentos de equidade no contexto de aplicação da regra, a fim de que o judiciário atendesse às “exigências do bem comum” e aos “fins sociais da norma”, conforme o art. 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro³⁶⁶.

Segundo as modificações do art. 28, *caput*, do CPP pela Lei nº 13.964 de 2019, **atualmente suspenso por decisão liminar do Ministro Luiz Fux proferida em sede das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nºs 6.298, 6.299, 6.300 e 6305**, o juiz não realiza mais qualquer juízo em relação à determinação de arquivamento do MP. Assim, mesmo com a atual suspensão de eficácia, em se tratando da letra da lei, prosseguiremos com a análise do dispositivo alterado. Pois bem, de acordo com a nova lei, ao decidir pelo arquivamento, o promotor, após comunicar a suposta vítima e à autoridade policial, submeterá as peças de investigação ou os autos de inquérito à “instância de revisão ministerial” para fins de homologação ou revisão “na forma da lei”. Pelo conteúdo completo do art. 28, tal lei parece corresponder à Lei Orgânica do Ministério Público, como se extraí do §1º do mesmo dispositivo:

“Art. 28. Ordenado o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer elementos informativos da mesma natureza, o órgão do Ministério Público comunicará à vítima, ao investigado e à autoridade policial e encaminhará os autos para a instância de revisão ministerial para fins de homologação, na forma da lei.

§ 1º Se a vítima, ou seu representante legal, não concordar com o arquivamento do inquérito policial, poderá, no prazo de 30 (trinta) dias do recebimento da comunicação, submeter a matéria à revisão da instância competente do órgão ministerial, **conforme dispuser a respectiva lei orgânica.**

A nova legislação extirpou o termo “razões invocadas” e o substituiu somente por “ordenado”, o que em nada altera a diversidade de fundamentos que o promotor pode recorrer para motivar o arquivamento. O que é alterado, evidentemente, é a substituição da remessa de decisão de arquivamento ao magistrado pelo envio de ofício ao órgão ministerial revisional. Se o dispositivo estivesse produzindo efeitos, esse órgão passaria a ocupar, em todos os casos, a função homologatória ou revisora da decisão pelo arquivamento, e não mais a subsidiária, como determinava o antigo art. 28.

Ao tratar do embate sobre qual é a instância revisional designada no novo art. 28 do CPP, Francisco Dirceu Barros realizou uma análise das leis orgânicas dos Ministérios

³⁶⁶ GEBRAN NETO, João Pedro. **Inquérito Policial: Arquivamento e Princípio da Obrigatoriedade**. Curitiba: Juruá, 1996, p. 38-39.

Públicos e que dialogam com a antiga redação do art. 28, em que o Procurador-Geral era responsável pela revisão. O autor aponta que as leis orgânicas do MP da União e dos MP's Estaduais não estabelecem expressamente o órgão competente para homologar as decisões de arquivamento. Sobre o MPF, o art. 62, inciso IV, da Lei Complementar nº 75 de 1993 atribuiu às câmaras de coordenação e revisão a competência para se manifestar sobre as decisões de arquivamento de inquéritos, “exceto nos casos de competência originária do Procurador-Geral”³⁶⁷.

Sobre a Lei Orgânica dos Ministérios Públicos Estaduais, o art. 10, inc. IX, alínea “d” determina que caberá ao Procurador-Geral de Justiça designar um promotor para oferecer denúncia nas hipóteses de não confirmação de arquivamento do inquérito policial. Ao seu turno, o art. 12, incisos IX e XI, determina que compete ao Colégio de Procuradores revisar procedimentos administrativos e rever, mediante requerimento de legítimo interessado, decisão de arquivamento de inquérito pelo Procurador-Geral em casos de atribuição originária. Apesar da ausência de solução expressa, Dirceu Barros apontou que, considerando o fato do Procurador-Geral ser o chefe institucional do Ministério Público e representante externo da instituição, a menção indistinta à instância revisional deve ser lida como uma menção ao Procurador-Geral, mantendo-se a tradição até que lei adicional ofereça um padrão de referência às Leis Orgânicas do MP³⁶⁸.

Com a nova redação surge também uma “*accountability* horizontal”, pois ao decidir sobre o arquivamento o promotor deverá notificar a vítima, que terá até trinta dias para, pessoalmente, ou por seu advogado, apresentar recurso contestatório à instância revisional³⁶⁹. Essa manobra contestatória pela vítima permite também o requerimento, comprovado não ser caso de arquivamento, de medidas para além da persecução penal, como a celebração de acordo de não-persecução penal, nos termos do art. 28-A, com o fito

³⁶⁷ BARROS, Francisco Dirceu. **O arquivamento do inquérito policial pelo ministério público após a lei anticrime**. Genjuridico: 09 de jan. de 2020. Disponível em: http://genjuridico.com.br/2020/01/09/inquerito-policial-lei-anticrime/#_ftn9. Acesso em 09 de jan. de 2020.

³⁶⁸ BARROS, Francisco Dirceu. **O arquivamento do inquérito policial pelo ministério público após a lei anticrime...** Op. cit.

³⁶⁹ Para otimizar os atos procedimentais, o adequado seria então que, antes de submeter a decisão à revisão, o promotor aguarde o prazo de trinta dias para a manifestação da vítima, o que permitirá que as razões invocadas pelo promotor sejam analisadas em conjunto com os argumentos contrários de uma vez só. Francisco Dirceu Barros também afirmou que a notificação do arquivamento deve ser feita também ao investigado, em sendo o seu paradeiro conhecido ou se tiver defensor, pois tal notícia asseguraria seu direito à ampla defesa e possibilitaria de apresentar razões para a homologação do arquivamento e contrapor eventuais argumentos da vítima que apelem para a persecução penal. Assim, a autoridade policial e o juiz das garantias seriam notificados da decisão final em decorrência de suas respectivas atribuições legais. O primeiro para atualizar registros quanto a situação do investigado e o segundo para que dê baixa de registros judiciais e, eventualmente, revogue medidas cautelares impostas ao suspeito ou indiciado. BARROS, Francisco Dirceu. **O arquivamento do inquérito policial pelo ministério público após a lei anticrime...** Op. cit.

de se concretizar, por exemplo, uma reparação de danos (art. 28-A, inc. I) e/ou uma prática restaurativa como meio para prever outra medida proporcional (art. 28-A, inc. V).

Para Francisco Dirceu Barros, o novo art. 28 promoveu ainda mais o modelo acusatório ao permitir que o promotor natural tome a decisão se vai ou não acusar conforme critérios de legalidade, oportunidade e tendo em mira o interesse público e as diretrizes de política criminal do Ministério Público. Para o autor, o dispositivo agora concede a palavra final do arquivamento ao Ministério Público enquanto instituição, permitindo que este crie diretrizes de política criminal a partir das linhas gerais traçadas pelos Poderes Executivo e Legislativo.

Na prática, entendo que o termo “razões invocadas” do antigo art. 28, já permitia ao promotor natural utilizasse argumentos principiológicos e político criminais para decidir pelo arquivamento e a imprecisão legal do termo “justa causa”, como condição da ação, igualmente permitiria ao magistrado ou ao Procurador-Geral acatar fundamentações do gênero. Parece então que as alterações legislativas não elasteceram os espaços de oportunidade ou mitigaram a obrigatoriedade para além do que a legislação já fazia.

Da mesma forma, já era possível ao MP, por meio de resoluções ou portarias, adotar políticas criminais que implicassem em não persecução penal, como a Resolução nº 181 de 2017 que previu e regulamentou inicialmente o acordo de não-persecução penal. O que o “Pacote Anticrime” efetivamente possibilitou foi um absoluto controle das instâncias superiores do Ministério Público sobre a política criminal da instituição, favorecendo o tratamento dos jurisdicionados.

Quanto ao princípio da oportunidade, esse permite a flexibilidade da persecução penal, deixando-a à discricionariedade do titular do exercício da ação penal conforme juízos de conveniência³⁷⁰. Por essa razão, Giacomolli e Jacinto Nelson de Miranda Coutinho tomam a obrigatoriedade como oposta à oportunidade³⁷¹.

Para Giacomolli, a oportunidade absoluta é um traço de Estados autoritários, pois permitiria ao aparato repressor selecionar quais suspeitos serão submetidos ao processo, tornando a consequência jurídica penal incerta e objeto de chantagem, como o autor aponta ter acontecido no regime alemão nazista com a ampliação desse princípio. Segundo o autor, a oportunidade absoluta desrespeita a isonomia e favorece a influência política e econômica

³⁷⁰ GIACOMOLLI, Nereu José. **Legalidade, Oportunidade e Consenso no Processo Penal...** Op. cit. p. 49, 64.

³⁷¹ GIACOMOLLI, Nereu José. **Legalidade, Oportunidade e Consenso no Processo Penal...** Op. cit. p. 64, 302. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Introdução aos Princípios Gerais do Processo Penal Brasileiro...* Op. cit., p. 184.

de terceiros sobre a atuação do MP³⁷². O próprio autor reconheceu, contudo, que países como a Noruega e Países Baixos estabeleceram critérios para a atuação do MP com base no princípio da oportunidade, definindo-se os casos nos quais podem ocorrer juízos de conveniência³⁷³. Esses regimes, evidentemente, não são autoritários. O Código Penal Norueguês em seu art. 85, por exemplo, adotou o princípio da oportunidade para casos em que não existe interesse público em punir, em especial quando se transcorreu muito tempo da prática criminosa ou em que se verifique a presença de muitas atenuantes a serem aplicadas, de modo que a punição, se determinada, seria ínfima, tornando injustificável a persecução criminal³⁷⁴.

Para Giacomolli, a obrigatoriedade favorece a segurança jurídica, o tratamento igualitário dos cidadãos, evitando favoritismos e barrando a arbitrariedade das acusações³⁷⁵. Esse entendimento é acompanhado por Fernando N. Bittencourt Fowler, segundo o qual o princípio da obrigatoriedade surgiu para fazer frente à instrumentalização da oportunidade no antigo regime, em prol de estabelecer o tratamento igualitário de todos perante a lei³⁷⁶, o que conferiu, em tese, um caráter democrático ao processo penal³⁷⁷. Fowler alerta, contudo, que a obrigatoriedade possui conotação íntima com a tutela da liberdade individual, de modo que sua concretização prática depende da observância de critérios que vedam a indiscriminada instauração de processos a partir de juízos levianos e precipitados.

Coutinho constatou que o princípio da oportunidade é preponderante em países cujo sistema jurídico é o de *common law*, enquanto a obrigatoriedade vigora, como regra, em sistemas de *civil law*. Em ambos os casos, para o autor, não se trata de uma oportunidade ou obrigatoriedade absolutas, uma vez que tais princípios são adaptados à realidade de cada país³⁷⁸.

³⁷² GIACOMOLLI, Nereu José. **Legalidade, Oportunidade e Consenso no Processo Penal...** Op. cit. p. 32, 57, 107-109, 115-116.

³⁷³ GIACOMOLLI, Nereu José. **Legalidade, Oportunidade e Consenso no Processo Penal...** Op. cit. p. 70-71.

³⁷⁴ MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal...** Op. cit., p. 309.

³⁷⁵ GIACOMOLLI, Nereu José. **Legalidade, Oportunidade e Consenso no Processo Penal...** Op. cit. p. 51, 56.

³⁷⁶ FOWLER, Fernando N. Bittencourt. Anotações da Ação Penal Pública no Projeto de Reforma. **Revista do Ministério Público do Estado do Paraná**. Curitiba, ano 6, n. 7, p. 81-101, 1977, p. 89.

³⁷⁷ JARDIM, Afrânio Silva. **Ação Penal Pública...** Op. cit., p. 50.

³⁷⁸ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos Princípios Gerais do Processo Penal Brasileiro... Op. cit., p. 184, 189. Quanto à ideia de oportunidade plena ou mitigada, Afrânio Silva Jardim afirmou haver uma incoerência conceitual neste ponto, pois para o autor a oportunidade e a obrigatoriedade são incompatíveis entre si e não admitem aplicação parcial, sob pena de desconfiguração mútua. Logo só seria possível falar em oportunidade plena ou obrigatoriedade plena. JARDIM, Afrânio Silva. **Direito Processual Penal...** Op. cit., p. 105-107.

O sistema de *common law* dos Estados Unidos, por exemplo, adota o *plea bargain*, uma forma de negociação entre promotor e réu. No *plea bargain*, o acusador pode alterar a qualificação jurídica dos fatos se houver o reconhecimento da culpabilidade do suspeito por um tipo criminal menos grave, o que corresponde ao *charge bargain* (acusação barganhada). Nesse contexto, os promotores de justiça são eleitos por voto popular, possuindo propostas de trabalho que lhes garantirão, mais, ou menos, votos e, consequentemente, embasarão sua atuação institucional e a severidade das negociações em relação a suspeitos de determinados crimes. A fiscalização dos motivos da negociação não é norteada necessariamente por critérios objetivos, o que inviabiliza o controle sobre as razões para a celebração de acordos e não impede a ocorrência de arbitrariedades ou pressões em face do réu. Assim, atrai-se o risco de inocentes celebrarem acordos pelo receio da condenação por crimes mais graves, o que é ampliado ante a possibilidade de *overcharging* (acusações excessivas), usadas para intimidar o suspeito e forçar um acordo³⁷⁹.

A doutrina majoritária brasileira entende que vigora, como regra no procedimento penal comum ordinário e sumário. O exercício da persecução penal, portanto, não é um efeito imediato e automático, pois depende de requisitos sem os quais a acusação não terá idoneidade para ser admitida³⁸⁰. Tais requisitos são chamados de “condições da ação” ou “condições para o exercício da pretensão acusatória”, mais especificamente. Nesse sentido, Afrânio Silva Jardim apontou não se tratar de condições para a existência do direito de ação, que preexiste à propositura desta, mas sim de critérios que permitem que a pretensão acusatória seja exercida regularmente³⁸¹ enquanto um direito/dever subjetivo público, autônomo, abstrato, instrumental e conexo a um direito material³⁸².

Antônio Acir Breda foi um dos precursores da discussão sobre uma sistemática autônoma das condições da ação no processo penal, e para o autor, as condições de admissibilidade da ação penal são: **(i)** a legitimidade, **(ii)** a verificação de um fato penalmente relevante e **(iii)** a punibilidade concreta do ato³⁸³. Breda dividiu essas condições em genéricas, quando aplicadas a qualquer tipo de ação penal (pública, ou privada), e específicas, quando relativas às condições de procedibilidade, referentes às ações penais

³⁷⁹ GIACOMOLLI, Nereu José. **Legalidade, Oportunidade e Consenso no Processo Penal...** Op. cit. p. 41-43, 70-71.

³⁸⁰ FOWLER, Fernando N. Bittencourt. Anotações da Ação Penal Pública no Projeto de Reforma... Op. cit., p. 85-86.

³⁸¹ JARDIM, Afrânio Silva. **Direito Processual Penal...** Op. Cit., p. 87-88, 92.

³⁸² JARDIM, Afrânio Silva. **Ação Penal Pública...** Op. cit., p. 28, 32.

³⁸³ BREDA, Antonio Acir. Efeitos da Declaração de Nulidade no Processo Penal. **Revista do MP do Paraná**, Curitiba, ano 9, nº 9, p. 171 -189, 1980, p. 177-179.

públicas condicionadas³⁸⁴. Embora o autor tenha feito essas reflexões enquanto vigorava o hoje revogado art. 43 do CPP, é importante ressaltar que elas são de grande valia para a compreensão das condições da ação no CPP atual, especialmente pela classificação anteriormente apontada. Tal análise, não se trata, portanto, de verificar as condições para a existência do direito de ação, que preexiste à propositura desta, mas sim a critérios que permitem que esse direito seja exercido regularmente³⁸⁵, ou seja: condições para o exercício regular da pretensão acusatória em sede processual.

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, baseou-se nas conclusões de Breda e Fernando N. Bittencourt Fowler para elaborar o conceito de “**tipicidade aparente**” dialogando com o que último autor chamou de “**aparência de delito**”³⁸⁶. Apresentando a tipicidade aparente (fato que aparenta ser típico/criminoso) como uma das condições da ação, Coutinho explicou que sua aferição não implica em uma decisão antecipada de mérito³⁸⁷. Isto porque não haveria sentido o MP oferecer uma denúncia sem antes cogitar a possibilidade da ocorrência de um crime no caso concreto, afinal a ação é um direito instrumental conexo ao caso, razão pela qual a denúncia deve ser oferecida apresentando os indícios da prática criminosa e da autoria daquele a quem se imputam os fatos³⁸⁸. O reconhecimento da tipicidade aparente, à vista disso, é um juízo não definitivo que não afeta o juízo de mérito em torno da tipicidade³⁸⁹.

Marco Aurélio Nunes da Silveira observou que as condições genéricas de admissibilidade da ação penal são contempladas no art. 395, II, do CPP³⁹⁰, combinado com o art. 18³⁹¹ e parte do art. 397³⁹². Nessa perspectiva, a imputação feita ao réu quando do

³⁸⁴ Nos casos das ações penais condicionadas, cita-se como exemplo: a representação da vítima (ou dos legitimados indicados no art. 31 do CPP, na circunstância do falecimento do ofendido) e a requisição do Ministro da Justiça (vide art. 145, *caput*, do CP).

³⁸⁵ JARDIM, Afrânio Silva. **Direito Processual Penal...** Op. Cit., p. 87-88, 92.

³⁸⁶ NUNES DA SILVEIRA, Marco Aurélio. **As condições da ação no direito processual penal...** Op. cit., p. 173,179.

³⁸⁷ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A Lide e o Conteúdo do Processo Penal...** Op. cit., p. 149-150. NUNES DA SILVEIRA, Marco Aurélio. **As condições da ação no direito processual penal...** Op. cit., p. 180.

³⁸⁸ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A Lide e o Conteúdo do Processo Penal...** Op. cit., p. 150.

³⁸⁹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A Lide e o Conteúdo do Processo Penal...** Op. cit., p. 149-151. NUNES DA SILVEIRA, Marco Aurélio. **As condições da ação no direito processual penal...** Op. cit., p. 180.

³⁹⁰ “Art. 395. A denúncia ou queixa será rejeitada quando: (...) II - faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal”. Em: BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de Outubro de 1941** ... Op. cit.

³⁹¹ “Art. 18. Depois de ordenado o arquivamento do inquérito pela autoridade judiciária, por falta de base para a denúncia, a autoridade policial poderá proceder a novas pesquisas, se de outras provas tiver notícia”. Em: BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de Outubro de 1941** ... Op. cit.

³⁹² “Art. 397. Após o cumprimento do disposto no art. 396-A, e parágrafos, deste Código, o juiz deverá absolver sumariamente o acusado quando verificar: (...) III - que o fato narrado evidentemente não constitui crime”. Em: BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de Outubro de 1941** ... Op. cit. Observa-se que tal inciso

oferecimento da denúncia, teria três dimensões: **(i)** fática (existência de um acontecimento juridicamente relevante), **(ii)** jurídica (configuração aparente do fato como um crime), **(iii)** probatória (o órgão acusador deveria apresentar material, colhido na fase de investigação que comprove a existência de indícios das dimensões anteriores)³⁹³. Quanto às referidas condições da ação, o autor as dividiu em: **(i)** legitimidade, **(ii)** tipicidade aparente (já abordada), **(iii)**, punibilidade concreta e **(iv)** justa causa, ou lastro probatório mínimo³⁹⁴.

Sobre a **legitimidade** no processo penal, esta decorre de lei, sendo o Ministério Público o principal legitimado ativo para o exercício da ação penal (art. 129, inciso I, da Constituição Federal) no caso das ações penais de natureza pública³⁹⁵. Nunes da Silveira então explicou que a categoria da legitimidade no processo penal refere-se somente ao sujeito ativo da ação, pois a legitimidade passiva é a uma questão de mérito, uma vez que os indícios de autoria vinculam-se ao lastro probatório mínimo para respaldar a propositura da denúncia, mas não atestam a legitimidade passiva do acusado^{396 397}.

Sobre a **punibilidade concreta**, Renato Brasileiro de Lima apontou que o revogado art. 43, inciso II, do CPP dispunha que a denúncia ou queixa deveriam ser rejeitadas quando já estivesse extinta a punibilidade do acusado pela prescrição ou outra causa, e que deste dispositivo parte da doutrina extraía (e continua a extrair) tal condição da ação penal³⁹⁸. Atualmente, a punibilidade concreta é extraída como condição da ação penal pela combinação do art. 395, inciso II, com o art. 397, inciso IV, do CPP, remetendo à

dialoga com a noção de “tipicidade aparente”, o vocábulo “evidentemente”, como apontou Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, remete à noção de que o juiz somente absolverá sumariamente se o fato descrito na denúncia nem ao menos parecer uma conduta típica, logo uma das condições essenciais para a propositura da ação, na ótica do autor é a tipicidade aparente. Em: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A Lide e o Conteúdo do Processo Penal...** Op. cit., p. 149-151.

³⁹³ NUNES DA SILVEIRA, Marco Aurélio. **As condições da ação no direito processual penal...** Op. cit., p. 178.

³⁹⁴ NUNES DA SILVEIRA, Marco Aurélio. **As condições da ação no direito processual penal...** Op. cit., p. 209.

³⁹⁵ Havendo inércia por parte do *parquet* ao deixar de exercer o direito/dever de ajuizar ação penal pública no prazo legal, a vítima gozará de legitimidade ativa para ajuizar “ação penal privada subsidiária da pública”, nos termos do art. 29 do CPP, “cabendo ao Ministério Público aditar a queixa, repudiá-la e oferecer denúncia substitutiva” além de “intervir em todos os termos do processo, fornecer elementos de prova, interpor recurso e retomar a ação como parte principal no caso de negligência do querelante. Caso a vítima tenha falecido, ou seja, declarada ausente, tal direito de ajuizamento subsidiário passará ao cônjuge, ascendente, descendente ou irmão da vítima, conforme o art. 31 do CPP.

³⁹⁶ NUNES DA SILVEIRA, Marco Aurélio. **As condições da ação no direito processual penal...** Op. cit., p. 192-193.

³⁹⁷ Adotando outra linha, Renato Brasileiro de Lima discorda desse posicionamento por entender que, com o crescente uso da informática, não é incomum a ocorrência de erros de digitação e equívocos do gênero que culminem no fato da acusação apontar uma testemunha, ou homônimo, ou outra pessoa aleatória como acusado, mesmo que ela não possua relação alguma com o caso. Em virtude da economia processual e para contenção do poder de persecução penal, Lima apontou que o STF já reconhecido a ilegitimidade passiva em situações do gênero (vide: STF, 2ª Turma, HC 72.451/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 27/02/1996, DJ 19/04/1996.). Em: LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal...** Op. cit., p. 296.

³⁹⁸ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal...** Op. cit., p. 310.

impossibilidade de propositura da denúncia quando presentes causas de extinção de punibilidade na situação concreta³⁹⁹. Essas causas estão previstas no art. 107 do CP e em leis especiais, “como o pagamento anteriormente ao recebimento da denúncia” no crime de sonegação fiscal (art. 34, da Lei nº 9.249 de 1995)⁴⁰⁰.

Em relação à **justa causa**, o art. 395, inciso III, do CPP a trata como um “critério para o juízo negativo de admissibilidade”⁴⁰¹ da denúncia, enquanto o art. 18 admite o arquivamento do inquérito policial se as provas coletadas não forem suficientes a embasar o ajuizamento de uma ação penal, podendo a investigação ser retomada com novas provas. Assim, embora a definição de justa causa não esteja expressamente no código ou em lei penal esparsa, em atenção ao art. 18 do CPP e aos ensinamentos de Hélio Tornaghi⁴⁰², Antonio Acir Breda⁴⁰³ e Afrânio Silva Jardim⁴⁰⁴, a doutrina majoritária associa esse conceito com o lastro probatório mínimo que permite aferir indícios de autoria e materialidade do crime imputado⁴⁰⁵.

A ação penal deve estar amparada em um suporte probatório mínimo que indique o provável cometimento de um crime pela pessoa acusada e a plausibilidade de incidência do

³⁹⁹ “Art. 395 A denúncia ou queixa será rejeitada quando (...)II - faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal”; Art. 397. Após o cumprimento do disposto no [art. 396-A](#), e parágrafos, deste Código, o juiz deverá absolver sumariamente o acusado quando verificar (...)IV - extinta a punibilidade do agente. Em: LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**... Op. cit., p. 190.

⁴⁰⁰ “Art. 107 - Extingue-se a punibilidade: I - pela morte do agente; II - pela anistia, graça ou indulto; III - pela retroatividade de lei que não mais considera o fato como criminoso; IV - pela prescrição, decadência ou perempção; V - pela renúncia do direito de queixa ou pelo perdão aceito, nos crimes de ação privada; VI - pela retratação do agente, nos casos em que a lei a admite; (...) IX - pelo perdão judicial, nos casos previstos em lei” (CP). “Art. 34. Extingue-se a punibilidade dos crimes definidos na [Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990](#), e na [Lei nº 4.729, de 14 de julho de 1965](#), quando o agente promover o pagamento do tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia” (Lei nº 9.249 de 1995). Em: LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**... Op. cit., p. 190.

⁴⁰¹ NUNES DA SILVEIRA, Marco Aurélio. **As condições da ação no direito processual penal**... Op. cit., p. 193.

⁴⁰² Em 1963, Hélio Bastos Tornaghi tratou do que viria a ser definido como conteúdo da justa causa no art. 23 do seu Anteprojeto de CPP, o qual determinava que “a denúncia terá de ser apresentada sempre que houver: a) prova de fato que, em tese, constitua crime; b) prova que abone a suspeita de autoria”. Essa regra inspirou a redação do art. 30 do CPP Militar (Decreto-Lei nº 1.002/69), conforme ressalta Plínio de Oliveira Corrêa. Em: CORRÊA, Plínio de Oliveira. Teoria da Justa Causa no Direito Penal e no Processo Penal. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**. Goiânia, v. 15, p. 201-215, 1998, p. 207.

⁴⁰³ BREDÁ, Antonio Acir. Efeitos da Declaração de Nulidade no Processo Penal... Op. cit., p. 178.

⁴⁰⁴ Segundo Afrânio Silva Jardim, para o regular exercício da ação penal exige-se a legitimidade das partes, o interesse de agir, a possibilidade jurídica do pedido (três condições que se apresentam no processo civil) e a justa causa, que seria o lastro mínimo de prova que deve fornecer arrimo à acusação, apresentando, por exemplo, indícios de conduta típica, ilícita e culpável. Esse suporte probatório se faz necessário para evitar a persecução penal temerária, afinal a simples instauração do processo penal já atinge o *status dignitatis* do acusado. A denúncia, ou queixa, portanto, deve ser acompanhada de provas colhidas na fase de inquérito, ou peças informativas, conforme os arts. 12, 39, §5º e 46, §1º, do CPP). A justa causa, contudo, pressupõe um lastro probatório mínimo, não provas cabais, pois, caso contrário, estar-se-ia requerendo ao magistrado uma valoração de mérito prévia acerca da prova em sede do juízo de admissibilidade. Em: JARDIM, Afrânio Silva. **Ação Penal Pública**... Op. cit., p. 32, 37, 38.

⁴⁰⁵ NUNES DA SILVEIRA, Marco Aurélio. **As condições da ação no direito processual penal**... Op. cit., p. 193.

poder punitivo sobre o imputado⁴⁰⁶. Isto porque a mera instauração de um processo penal já violenta a dignidade do imputado, de maneira que não pode ser permitida a instauração de processos desprovidos de elementos probatórios mínimos que justifiquem a acusação e os ônus a serem suportados tanto pelo acusado quanto pelo Estado e a sociedade com o ajuizamento da ação penal⁴⁰⁷.

Para Frederico Marques, partidário da teoria geral do processo, a justa causa não é uma condição autônoma da ação e estaria compreendida pelo legítimo interesse de agir (fundamento razoável) do Estado na aplicação do poder punitivo. Este pensamento foi expresso nos arts. 8º, parágrafo único, e 227 do Anteprojeto de CPP elaborado pelo autor⁴⁰⁸. Marques descreveu a justa causa como um “conjunto de elementos e circunstâncias que tornem viável a pretensão punitiva”, lógica é extraída do art. 648, I do CPP, que trata da ausência de justa causa como um critério para aferir uma coação ilícita⁴⁰⁹.

Em 1977, Ada Pellegrini Grinover também considerou que a justa causa não seria uma condição da ação penal, mas uma questão de mérito vinculada à validade do pedido, como uma espécie de *fumus boni iuris* da ação penal⁴¹⁰. De modo semelhante, Maria Thereza Rocha de Assis Moura defendeu que a justa causa não representa uma condição autônoma da ação penal, mas a soma de todas as demais, de maneira que o conceito designa a permissão para o exercício da pretensão acusatória⁴¹¹.

Ainda, Juarez Cirino dos Santos pontuou que a justa causa é uma categoria desnecessária, pois seus elementos já estariam englobados pela tipicidade aparente⁴¹². Nunes da Silveira, discordando do último autor, acompanhou a definição de Breda, e afirmou que enquanto a tipicidade aparente aborda o caso penal em uma perspectiva jurídico-valorativa (adequação da denúncia ao tipo penal), a justa causa situa-se no plano

⁴⁰⁶ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal...** Op. cit., p. 305.

⁴⁰⁷ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal...** Op. cit., p. 305.

⁴⁰⁸ FOWLER, Fernando N. Bittencourt. Anotações da Ação Penal Pública no Projeto de Reforma... Op. cit., p. 83, 86, 88

⁴⁰⁹ FOWLER, Fernando N. Bittencourt. Anotações da Ação Penal Pública no Projeto de Reforma... Op. cit., p. 79.

⁴¹⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. **As condições da ação penal:** uma tentativa de revisão. São Paulo: Bushatsky, 1977, p. 121-123; SILVA, Josiele Leffa da. **Justa Causa no Processo Penal.** Porto Alegre: Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2012.

⁴¹¹ NUNES DA SILVEIRA, Marco Aurélio. Op., cit., p. 195; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **A justa causa para a Ação Penal.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 171-176, 221; DIVAN, Gabriel Antinolfi. Justa Causa para a Ação Penal e Conexão Instrumental ao Caso Concreto: Novas Possibilidades Teóricas e Uso Político-Criminal. **Revista Direito Penal, Processo Penal e Constituição.** Brasília: v. 3, n. 1, p. 38-57, jan/jun, 2017, p. 49-50

⁴¹² CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal:** parte geral. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 662.

probatório, restringindo-se ao material que tenha potencial para comprovar a ocorrência de um crime e sua autoria pelo acusado⁴¹³.

A doutrina majoritária vinculou a recepção judicial da denúncia a restrições formais de legitimidade e de viabilidade hipotética da aplicação do poder punitivo no caso concreto. Quanto ao segundo aspecto, os freios à persecução processual penal são vinculados à possibilidade de ser ou não possível punir no caso em concreto, e não se as circunstâncias demandam a punição, pois, nessa ótica, a questão seria meritória e dependeria do acerto do caso penal.

Mesmo em face do referido entendimento, há autores que buscaram explorar os vãos deixados pelo legislador defendendo que justa causa pode operar como um freio mais amplo à persecução penal em virtude da violência que ela representa e dos efeitos negativos que a aplicação da pena traria na situação concreta. Tais perspectivas, a nosso ver, não tratam da instauração da oportunidade no processo penal, mas sim da disputa conceitual pela justa causa e pela ressignificação das condições que tornariam a persecução penal obrigatória.

Sobre o tema, baseando-se nas definições de José Frederico Marques e Maria Thereza Rocha de Assis Moura, Gabriel Antinolfi Divan realizou uma leitura política da justa causa, abordando a categoria como um elemento de efetivação de políticas criminais. Partindo dessa premissa, Divan buscou construir o que chamou de “conceito funcional”, de natureza avaliativa e qualitativa, para a justa causa, dividindo a análise para a sua aferição em dois momentos sequenciais⁴¹⁴.

Na primeira fase, de aplicação processual, a justa causa se comportaria como elemento verificador da possibilidade da propositura da ação se estiverem presentes todas as condições de procedibilidade e a punibilidade concreta da conduta imputada. Defendendo a maximização do *in dubio pro reo* nessa etapa pré-processual, Divan ressaltou que o direito de ação é instrumentalmente conexo ao caso concreto, de forma que, não se vislumbrando uma questão que justifique a persecução penal, não haveria justa causa.

Em uma segunda etapa, após comprovada a conexão instrumental do processo com um caso penalmente relevante, a justa causa compreenderia uma análise qualitativa de necessidade da persecução penal, norteadas por critérios de política criminal extraíveis dos

⁴¹³ NUNES DA SILVEIRA, Marco Aurélio. **As condições da ação no direito processual penal...** Op. cit., p. 196.

⁴¹⁴ DIVAN, Gabriel Antinolfi. **Justa Causa para a Ação Penal e Conexão Instrumental ao Caso Concreto...** Op. cit., p. 49-52.

pressupostos da criminologia crítica, considerando-se também os impactos sociais da perseguição no caso específico⁴¹⁵.

Como motivação para sua proposta, Divan se amparou no argumento de que a ignorância deliberada dos conhecimentos criminológicos na prática forense, apesar do apego teórico ao seu conteúdo, favorece a continuidade da seletividade penal em face das classes mais vulneráveis e as falhas sistêmicas do sistema penal vigente, que é constantemente diagnosticado como “em crise” pelos juristas. Partindo dessa premissa, o autor fez uma provocação aos doutrinadores ressaltando que a consciência de tal crise, corriqueiramente descrita com base em predicados criminológicos, é inútil sem uma efetiva construção conceitual que permita frear as causas de sua reprodução e a reprodução da violência estrutural pelo sistema penal⁴¹⁶.

Ato contínuo, Divan assinalou que longe de defender a teoria concretista da ação, entendeu ser possível identificar uma conceituação segura e útil da justa causa, tornando-a um mecanismo político-criminal para análise qualitativa da necessidade de perseguição penal⁴¹⁷. Sob sua ótica, o direito de demandar é abstrato em essência, mas seu exercício depende da demonstração de uma conexão com o caso concreto, devendo operar como limite ao poder punitivo ao filtrar, também por critérios da criminologia crítica (que não são especificados no artigo citado), os casos que merecem ser processados⁴¹⁸.

Sobre outras formas de significar a justa causa, para além de “lastro probatório mínimo”, Gebran Neto ressaltou que o CPP confere ao MP certa discricionariedade na propositura da ação penal, legitimada pelo termo “razões invocadas” constante no revogado art. 28. A explicação para tanto foi que esse dispositivo permitiria que membros do MP realizassem uma análise primeiramente técnica e, posteriormente, valorativa (subjetiva) em relação aos fatos e justificativas para a propositura, ou não, da ação⁴¹⁹. A manutenção da decisão do promotor depende da homologação do magistrado ou, subsidiariamente, do Procurador-Geral de Justiça⁴²⁰. No fim das contas, quem decidia pela perseguição penal dos casos é o MP enquanto instituição e o arranjo da legislação permitia as razões invocadas

⁴¹⁵ DIVAN, Gabriel Antinolfi. *Justa Causa para a Ação Penal e Conexão Instrumental ao Caso Concreto...* Op. cit., p. 51-53.

⁴¹⁶ DIVAN, Gabriel Antinolfi. *Justa Causa para a Ação Penal e Conexão Instrumental ao Caso Concreto...* Op. cit., p. 51, 84.

⁴¹⁷ DIVAN, Gabriel Antinolfi. *Justa Causa para a Ação Penal e Conexão Instrumental ao Caso Concreto...* Op. cit., p. 39, 42.

⁴¹⁸ DIVAN, Gabriel Antinolfi. *Justa Causa para a Ação Penal e Conexão Instrumental ao Caso Concreto...* Op. cit., p. 45, 54.

⁴¹⁹ GEBRAN NETO, João Pedro. *Inquérito Policial...* Op. cit., p. 56-57.

⁴²⁰ GEBRAN NETO, João Pedro. *Inquérito Policial...* Op. cit., p. 39.

para arquivar investigações fossem respaldadas em critérios de política criminal inseríveis no âmbito da justa causa.

Atento a este último aspecto, Jacinto Coutinho problematizou a crença na existência jurídica da obrigatoriedade, ressaltando que havendo concordância entre Procurador-Geral e promotor sobre as razões do arquivamento, esse poderia ocorrer por diversos motivos sem posteriores controles⁴²¹. O autor também ponderou que, mesmo antes da promulgação da Lei nº 13.964 de 2019, nada impediria o juiz e o promotor de acordarem critérios extralegais que serviriam como razões para respaldar o arquivamento⁴²². Tais reflexões são fundamentais para desconstruir a noção de infalibilidade da obrigatoriedade como freio a arbitrariedades, bem como atestar que, na prática, a sua inobservância é recepcionável pela legislação tanto atual quanto pré-reforma do Pacote Anticrime.

Quanto à relativização da obrigatoriedade, Gebran Neto também observou, recorrendo à perspectiva de Frederico Marques, que “a consciência comum elevou certos valores à categoria de bens jurídicos”, mas quando os malefícios da ação penal forem superiores aos da ofensa, a propositura da ação é antissocial e deve ser evitada⁴²³. Essa conclusão é amparada pelas afirmações de Coutinho no artigo “Introdução aos Princípios Gerais do Direito Processual Penal Brasileiro”:

(...) é preciso ressaltar que a obrigatoriedade do Ministério Público promover a acusação, nos casos de ação pública, não está colocada de forma absoluta, uma vez que só se obtém a tutela jurisdicional, quando do exercício da ação, se presentes as chamadas questões prévias, incluídas aí as condições da ação e os pressupostos processuais analisáveis no juízo de admissibilidade. Ademais, **é preciso considerar que tal princípio da obrigatoriedade, ainda que fosse possível pensar estar atrelado ao princípio da legalidade, deve ser relativizado, já que um processo penal democrático tem, antes de mais nada, o objetivo de atender ao interesse público**⁴²⁴.

Em seguida, o autor buscou delimitar o conceito de “interesse público” por meio dos ensinamentos de Jorge Figueiredo Dias, no sentido de que, em casos cuja persecução penal cause mais dano à comunidade jurídica do que vantagem, ou cuja dificuldade da produção de provas inviabilize uma condenação, ou, além disso, quando há pequena probabilidade de execução da condenação, não seria de interesse público a propositura da

⁴²¹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos Princípios Gerais do Processo Penal Brasileiro... Op. cit., p. 184-185

⁴²² COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos Princípios Gerais do Processo Penal Brasileiro... Op. cit., p. 185.

⁴²³ GEBRAN NETO, João Pedro. **Inquérito Policial**... Op. cit., p. 55.

⁴²⁴ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos Princípios Gerais do Processo Penal Brasileiro... Op. cit., p. 185.

ação penal⁴²⁵. Por fim, Coutinho constatou que devem ser expressos os fins que justificam o requerimento de arquivamento da denúncia, permitindo o controle dos critérios utilizados. Como o próprio autor reconhece, essa solução não resolve o problema da manipulação, e por isso a interpretação concreta continua tendo um papel fundamental quanto à aferição do interesse público, da mesma forma no que diz respeito à conclusão pela existência de indícios de autoria e materialidade de um crime.

Raquel Tiveron se afastou do professor paranaense ao negar a necessidade de observação do princípio da obrigatoriedade em razão da obediência a própria legalidade. Com base no art. 24 do CPP, o qual determina que “nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do MP (...)”, a autora concluiu que essa previsão apenas estabeleceu a competência exclusiva do MP para propor ações penais públicas e não que ele seria obrigado a propô-las. Tiveron pontuou que a essência do princípio da obrigatoriedade é extraída dos arts. 42 e 576 do CPP, os quais, respectivamente, determinam que o MP não poderá desistir da ação proposta ou dos recursos que interpôs, o que também não é sinônimo de obrigação para ajuizar ações penais⁴²⁶.

Tiveron observou que, de acordo com o art. 385 do CPP o promotor sequer é obrigado a requerer a condenação nas ações que ajuíza e, portanto, não há sentido em ele ser obrigado a propor ações penais, pois, se fosse, tornar-se-ia um “promotor de acusação” e não um “promotor de justiça” independente e responsável por assegurar as garantias e direitos da Carta Magna⁴²⁷. A autora, citando Rogério Schietti Cruz, adendou que os dispositivos usados para embasar o princípio da obrigatoriedade visam apenas a viabilizar a fiscalização do cumprimento da lei e fortalecer a independência e a incorruptibilidade do MP, vinculando-o a um “dever de verdade”⁴²⁸.

De um lado, a visão de Tiveron parece aumentar o poder discricionário do promotor, de outro, não inviabiliza os demais controles que, de fato, garantiam a observância do princípio da obrigatoriedade. A negação do princípio desafia a doutrina majoritária mediante uma interpretação do art. 24 do CPP, que, segundo a autora, apenas

⁴²⁵ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos Princípios Gerais do Processo Penal Brasileiro... Op. cit., p. 185.

⁴²⁶ TIVERON, Raquel. **Justiça Restaurativa e Emergência da Cidadania na Dicção do Direito: A construção de um novo paradigma de justiça criminal**. Brasília: Thesaurus Jurídica, 2014, p. 389.

⁴²⁷ “art. 385. Nos crimes de ação pública, o juiz poderá proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição, bem como reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada” (CPP). TIVERON, Raquel. **Justiça Restaurativa e Emergência da Cidadania na Dicção do Direito...** Op. cit., p. 391.

⁴²⁸ TIVERON, Raquel. **Justiça Restaurativa e Emergência da Cidadania na Dicção do Direito...** Op. cit., p. 392-393.

estipularia uma competência do MP e não um dever de oferecer a denúncia. Tal interpretação não questionou a realização do controle do arquivamento do inquérito ou peças informativas da investigação pelo juiz no art. 28, ou pelo Procurador-Geral.

A lógica construída por Tiveron, a nosso ver, caminha no sentido de que a existência de regra expressa que vincule a instituição a não desistir da ação proposta, só pode culminar na obrigação da propositura das ações penais através de interpretação extensiva da norma, o que, em maior, ou menor grau, atentaria contra a segurança jurídica. No entanto, o art. 3º do CPP admite a interpretação extensiva e, além disso, reconhecer a discricionariedade do MP sobre a propositura de ações penais dá alta margem para a imprevisibilidade das consequências penais previstas na lei.

Com a devida vênia, discordamos da autora quanto à obrigatoriedade ter por consequência o dever de propositura indistinta de ações penais, pois essa obrigação só existe quando preenchidas condições de admissibilidade da ação. Ademais, ainda que a denominação do membro do MP seja promotor de justiça, o modelo acusatório desenhado pela Constituição determina que ele atue como acusador no processo penal, o que não significa que ele seja “um vingador público” mas sim o responsável por comprovar a prática criminosa imputada. A sua postura acusatória deriva da própria Constituição e essa postura não implica na construção de um agente punitivista, tanto é que, como inclusive apontou a autora, a norma suprema recepcionou os dispositivos que permitem ao MP pleitear a absolvição do réu quando concluir pela invalidade da pretensão acusatória.

Também anteriormente à Lei nº 13.964 de 2019, André Ribeiro Giamberardino refletiu que é cada vez mais evidente a necessidade de releitura da obrigatoriedade em face das aberturas legais que admitem as manipulações já denunciadas por Coutinho. Giamberardino propôs então a ressignificação do princípio da oportunidade como uma garantia do cidadão, na medida em que as circunstâncias do caso concreto sejam favoráveis a sua não-submissão ao poder à persecução penal. Dessa forma, para o autor, a oportunidade não agrediria a igualdade formal e serviria como ferramenta que considera a dimensão material do processo penal, relativa, por exemplo, aos danos colaterais que ele venha a causar, como estigmatização e a revitimização⁴²⁹.

Essa oportunidade estaria submetida à necessidade de abordar o caso penal de outras maneiras, para além do seu acerto processual e da imposição de penas. Nesse aspecto, Giamberardino entendeu ser salutar a mitigação da obrigatoriedade para que o MP

⁴²⁹ GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Crítica da Pena e Justiça Restaurativa...** Op. cit., p. 218- 219.

possa atuar em um modelo restaurativo de justiça contribuindo com a aproximação entre vítima e autor da ofensa sem, no entanto, abrir mão da titularidade do direito de exercício da ação penal. As práticas restaurativas oportunizariam outra forma de responder ao crime e responsabilizar o ofensor, prescindindo do caráter aflitivo da pena e dos efeitos negativos do processo. Dessa maneira, as práticas restaurativas serviriam como uma alternativa ao processo e à punição mediante a reparação de danos ao ofendido e à promoção de uma censura pública aos atos cometidos pelo autor⁴³⁰.

As ponderações de Giamberardino parecem ter sido favorecidas pelas alterações no art. 28, que viabilizaram para a vítima questionar as decisões de arquivamento e requererem, a partir disso, a adoção de meios alternativos à persecução penal como ANPP, que pode recepcionar práticas restaurativas. Além disso, considerando o controle pelas instâncias superiores do MP em termos de filtragem do exercício da persecução penal, nada impede que a instituição, atenta à resolução nº 118 de 2014 do CNMP (Política de Incentivo à Autocomposição), utilize a autocomposição como meio possível para se atingir resultados restaurativos que tornem desnecessárias a persecução penal e a imposição da pena.

Sobre a relativização institucional do princípio da obrigatoriedade, faz-se oportuno tecer breve comentário sobre o ANPP, que foi inicialmente regulamentado pela Resolução nº 181 de 2017 do CNMP (alterada pela Resolução nº 183 de 2018,) e hoje está positivado no art. 28-A do CPP pela Lei nº 13.964 de 2019. Segundo Rodrigo Leite Ferreira Cabral, o ANPP consiste em um negócio jurídico público (extrajudicial) entre MP e investigado, vinculado ao Procedimento Investigatório Criminal (PIC), que é regulamentado pela mesma resolução, e com potencial para que seu cumprimento seja uma razão de arquivamento da investigação⁴³¹.

Originalmente, o ANPP poderia ser proposto em casos de investigações envolvendo crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa. Com as alterações pela Resolução nº 183 de 2018, houve acréscimos de restrições relativas, por exemplo, ao limite máximo da pena mínima (4 anos), ao limite do dano patrimonial do crime (até 20 salários mínimos ou parâmetro diverso estabelecido pelo órgão de revisão) e a impossibilidade de celebração em casos de crimes hediondos, abarcados pela Lei nº 11.340 de 2006 ou nas

⁴³⁰ GIAMBERARDINO, André Ribeiro. *Crítica da Pena e Justiça Restaurativa...* Op. cit., p. 136-152, 220-221.

⁴³¹ CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Um Panorama sobre o Acordo de Não-Persecução Penal*. Em: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; DO Ó SOUZA, Renee; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Acordo de Não Persecução Penal*. Juspodvm, p. 1-32, 2018, p. 15.

hipóteses do investigado já ter sido condenado à pena privativa de liberdade em sentença definitiva e não tiver bons antecedentes. Com a Lei nº 13.964 de 2019, o limite da pena mínima foi preservado, acrescentando-se também a restrição quanto à reincidência e retirando-se o topo do dano patrimonial, o que beneficia praticantes de crimes contra a administração pública.

Outro ponto fundamental preservado na nova lei foi a possibilidade de previsão alternativa ou cumulativa das referidas condições para o cumprimento do ANPP, e a permissão para a previsão, por prazo determinado, de condições proporcionais e compatíveis com a infração imputada. Assim, a Resolução abre margem para a oferta alternativa de práticas restaurativas como formas de construção dos termos do ANPP por parte do investigado e da vítima, se essa concordar. Dessa maneira, o promotor de justiça poderá recepcionar eventual acordo restaurativo como condição de cumprimento do ANPP e, havendo homologação pelo juiz, o resultado das práticas restaurativas servirá como alternativa à persecução penal e à pena.

As alterações da legislação permitem que o juiz de garantias seja responsável pela homologação e recusa do ANPP em detrimento do Procurador-Geral de Justiça, a princípio porque as condições do acordo podem implicar no cumprimento de medidas equivalentes a penas restritivas de direito ou multa, sendo importante o juízo de proporcionalidade e adequação.

O ANPP, ao permitir que o investigado cumpra medidas alternativas à pena de prisão, como a reparação do dano, a prestação de serviços à comunidade, e o pagamento de multa, mostra-se capaz de conter a violência do sistema penal para autores de crimes de furto e receptação, qualificados ou não, e tráfico de drogas privilegiado, usualmente praticados por pessoas pertencentes de classes sociais mais vulneráveis. Segundo Cabral, o ANPP busca efetivar os princípios da eficiência (art. 37, caput, da Constituição) da proporcionalidade (art. 5º, inciso LVI), da celeridade (art. 5º, inciso LXXVIII), e o princípio acusatório (art. 129, incisos I, VI e VI)⁴³², oportunizando ao sujeito a chance de evitar a estigmatização do processo, eventual aplicação de pena e contribuindo com a pacificação social.

Havendo recusa do promotor em propor o ANPP, o investigado poderá requerer a remessa dos autos ao órgão superior, conforme o art. 28, *caput* (que não indica qual seria

⁴³² CABRAL, Rodrigo Ferreira Leite. **O acordo de não-persecução penal criado pela nova Resolução do CNMP**. CONJUR, 18 de setembro de 2017. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2017-set-18/rodrigo-cabral-acordo-nao-persecucao-penal-criado-cnmp>. Acesso: 02 de outubro de 2017.

este órgão). Observadas no caso concreto as condições estipuladas na lei, o promotor ofertará o ANPP, em respeito ao direito fundamental do tratamento institucional isonômico (extraído do art. 5º, *caput*, da Constituição), ao princípio da impessoalidade (art. 37, *caput*, da Constituição Federal) e ao princípio do uso da subsidiariedade da intervenção penal.

A celebração e cumprimento do acordo, além de não constarem na ficha de antecedentes do investigado (§12, art. 28-A do CPP), têm caráter voluntário no que tange ao investigado, mas, em caso de cumprimento integral do ANPP, obriga o juiz de instrução e sentença a decretar a extinção da punibilidade. Caso o investigado não cumpra com o acordado, o MP comunicará o juízo de garantias quanto a sua rescisão e então posterior oferecimento da denúncia, podendo o MP, nos termos da Resolução, deixar de oferecer a suspensão condicional do processo (§11 do art. 28-A do CPP). Havendo o cumprimento integral do acordo, o juízo competente, que seria o juiz de instrução e sentença, declarará a extinção da punibilidade (§13º).

Segundo Aury Lopes Jr. e Alexandre Moraes da Rosa, a previsão do ANPP se deu no “contexto do giro paradigmático proporcionado pela operação lava-jato”, que teria democratizado o uso de mecanismos de negociais no campo processual penal⁴³³. Somado a isso, há que se considerar as consequências da crise do sistema penal brasileiro, como a superlotação carcerária, a morosidade da atividade judicial, a insatisfação social e institucional com os métodos disponíveis para a investigação de crimes, bem como a reatividade social, não raro, violenta⁴³⁴, contribuíram para formulação do ANPP pelo Ministério Público e sua assimilação posterior na legislação pátria.

Os autores também reconheceram que a corrente a qual admite a recepção de práticas negociais no processo penal é, por hora, insuperável, de modo que, diante desse quadro, caberia aos juristas e legisladores colaborar com a preservação de garantias

⁴³³ LOPES JR, Aury; MORAES DA ROSA, Alexandre. **Saldão penal e a popularização da lógica da colaboração premiada pelo CNMP**. CONJUR, 22 de setembro de 2017. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2017-set-22/limite-penal-saldao-penal-popularizacao-logica-colaboracao-premiada-cnmp>. Acesso: 02 de out. de 2017.

⁴³⁴ O Brasil está entre os países líderes no ranking mundial de linchamentos, atingindo a média de 4 quatro linchamentos, ou tentativas de sua realização diariamente. Quanto a reação violenta à prática de delitos, embora aqui esteja-se falando de infrações, pode-se citar dois casos polêmicos e famosos: em 2014, o caso do adolescente de 15 anos que após furtar um celular fora espancado e amarrado nu junto a um poste na cidade do Rio de Janeiro e, em 2017, o caso do jovem de 17 anos que foi submetido a cárcere privado, tortura e teve sua testa tatuada após tentar roubar uma bicicleta. Sobre tais temas ver: MARTINS, José de Souza. **Linchamentos: A Justiça Popular no Brasil**. São Paulo, Editora Contexto, 2015. ALESSI, Gil. “**Tortura de Jovem tatuado na testa foi feita para ser consumida nas redes**”. *El País*, São Paulo: 14 de jun. de 2017. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2017/06/13/politica/1497374163_459335.html. Acesso em 16 de março de 2018. G1. **Menor preso a poste diz à polícia que foi agredido por 15 homens no Rio**. Rio de Janeiro: 05 de fev. de 2015. Disponível em: <http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2014/02/menor-presoposte-diz-policia-que-foi-agredido-por-15-homens-no-rio.html>. Acesso em 16 de março de 2018.

mínimas em relação a nova perspectiva, visando à coibição da má-fé (supressão de garantias) e da manipulação de acordos⁴³⁵. A relativização da obrigatoriedade é entendida, portanto, como algo inevitável e a apresentação do ANPP foi feita justamente para atestar o esforço institucional e doutrinário rumo à justificação de medidas que abram espaço à exploração de novos meios de responder a casos penais.

Importante, contudo, ressaltar-se a diferença entre a barganha penal, feita entre acusação e acusado, e práticas restaurativas envolvendo casos penais, em que vítima e autor da ofensa atuam como protagonistas do processo decisório e acordam sobre medidas reparatórias e assunção de compromissos para a responsabilização do ofensor. A barganha é uma opção institucional alternativa ao processo para promover para o poder punitivo, ou outros meios de responsabilização do sujeito, a partir de ofertas feitas pelo titular do exercício da ação penal ao investigado. A barganha, portanto, não necessariamente inclui a participação da vítima no procedimento negocial. As práticas restaurativas, todavia, caracterizam-se pela interação dialógica entre ofensor e vítima como agentes responsáveis pelo conflito, pautando-se nos aspectos humanos e subjetivos do caso penal, enquanto a barganha tende a permanecer vinculada ao aspecto jurídico, como oportunidade de reduzir custos. O ANPP, é um tipo de barganha que favorece a inclusão da vítima, especialmente quando o art. 28-A, §9º, do CPP determina a intimação desta quando da homologação e cumprimento do ANPP e quando, no inciso V, do *caput*, permite que o promotor de justiça preveja outras condições como termos possíveis do acordo.

A eficiência e a celeridade jamais poderão estar acima da necessária proteção das garantias processuais, tão caras à consolidação de um Estado Democrático de Direito. Isso, porém não significa que os mecanismos dialógicos e negociais devam ser rejeitados no campo penal quando se mostrarem conciliáveis com essas garantias. Portanto, o contato entre as práticas restaurativas e o processo penal depende de cautela a fim de se evitar incoerências, afinal, entende-se que tais institutos devem operar para incluir a vítima, frear a violência institucional e propiciar meios mais construtivos e socialmente inclusivos para responsabilizar autores de delitos, nunca à custa dos freios institucionais à violência estatal.

Conclui-se, por hora, que o princípio da obrigatoriedade é uma construção jurisprudencial e doutrinária que busca consolidar a isonomia, a impessoalidade e o respeito à efetivação da lei penal. O próprio CPP, em seu art. 28, permite que a obrigatoriedade seja desconstituída por políticas criminais adotadas pelo MP, independentemente de

⁴³⁵ LOPES JR, Aury; MORAES DA ROSA, Alexandre. **Saldão penal e a popularização da lógica da colaboração premiada pelo CNMP...** Op. cit.

posicionamento judicial a respeito do arquivamento. Apesar disso, no nosso ver, a notificação da vítima da decisão de arquivamento e a possibilidade dela opor recurso contra essa, deixa claro que o MP precisa cumprir com um dever de *accountability* com a vítima, enquanto pessoa que suportou o crime, e com a sociedade, enquanto coletivo cuja sensação de insegurança e valores expostos na norma foram maculadas.

Assim, em havendo indícios de autoria e materialidade, o MP pode, adotando a abertura que o art. 28 do CPP lhe permite, apostar em meios alternativos de construir respostas a casos penais, meios esses que incluam e levem em consideração a vítima. Há então uma obrigatoriedade de fundamentar a (não)persecução processual de uma conduta supostamente criminosa e um dever do MP de apresentar a denúncia ou, em sendo possível, propor acordo de não-persecução quando preenchidas as condições da genéricas e específicas (quando houver) da ação penal, compreendidas nesse trabalho como: **(i)** tipicidade aparente da conduta, **(ii)** punibilidade concreta desta, **(iii)** legitimidade da parte para denunciar ou apresentar queixa subsidiária e **(iv)** justa causa para o exercício da ação penal⁴³⁶.

A noção de obrigatoriedade vem sendo cada vez mais relativizada desde a Lei nº 9.099/1995 até a recente Lei nº 13.964 de 2019, abrindo novos caminhos para a exploração de meios alternativos para a sociedade e as instituições reagirem aos casos penais para além da pena, cuja imposição pode ser feita tão somente por meio do processo. Assim, vislumbra-se na categoria da justa causa uma abertura do atual CPP para, a partir da lógica de instrumentalidade constitucional do processo e da conexão instrumental deste com o caso e o direito penal, se aplicar as práticas restaurativas como meios dialógicos alternativos ao processo e cujo resultado restaurativo possa operara como alternativa à punição.

A abertura do art. 28 do CPP e a ausência de delimitação legislativa do conceito de justa causa permitem que as instituições do sistema de justiça, mediante interpretações sistêmicas com os ditames constitucionais, insiram meios restaurativos para barrar a violência estatal e exercer o controle social e a reprovação do crime. O princípio do uso do direito penal como último recurso (*ultima ratio*) demanda isso.

Tem-se, portanto, um campo juridicamente fértil para se estudar e propor a inserção de práticas restaurativas na fase pré-processual e cujas conclusões podem também estender essa alternatividade à fase processual, como constatado no item 2.1 do trabalho. Tal

⁴³⁶ NUNES DA SILVEIRA, Marco Aurélio. **As condições da ação no direito processual penal...** Op. cit., p. 173-196.

proposta depende da reflexão sobre os fundamentos da punição em um Estado Democrático de Direito e se o resultado das práticas restaurativas podem tornar a aplicação pena desnecessária no caso em concreto. Em sendo, por uma conexão instrumental entre processo e pena, a persecução penal também seria inócua. Essa questão voltará a ser estudada no último item do presente capítulo.

2.4 Mas e a vítima? Sobre o papel e direitos da vítima na seara do procedimento penal comum ordinário e sumário

O tratamento legal vítima recebe críticas, principalmente da parte dos estudiosos da JR, por não prestar maior atenção na relevância que ela ocupa no caso penal como ser humano reificado pelo crime e cuja dignidade foi maculada. Essa perspectiva aponta o processo como uma segunda violência contra a vítima (revitimização) uma vez que além de ser lesada pelo ato criminoso, lhe é tolhido o direito de participar diretamente na construção da resposta ao delito.

Considerando que o autor da ofensa é o destinatário em potencial da pena e enfrenta, especialmente nos procedimentos de natureza pública, todo o aparato institucional investigativo do Estado, o enfoque legislativo e doutrinário repousa majoritariamente sobre as suas garantias processuais e direitos, deixando-se a vítima em segundo plano. O CPP e o CP, por exemplo, não oferecem uma definição precisa para o conceito de ofendido.

No Brasil, os movimentos ligados às vítimas estão majoritariamente vinculados aos direitos de categorias específicas, como mulheres em casos de violência domésticas⁴³⁷. Além disso, tais manifestações usualmente repousam sua atenção sobre a criminalização de condutas e aumento de penas, como no caso do movimento de vítimas de crimes de trânsito, que resultou na publicação da Lei nº 13.546 de 2017, a qual aumenta a pena de homicídio provocado por motoristas embriagados⁴³⁸. Isso parece se relaciona com a visão

⁴³⁷ A luta das vítimas de violência doméstica foi personificada na vítima Maria da Penha e resultou na promulgação da Lei n. 11.340 de 2006, que criminaliza este tipo de agressão e prevê medidas assistenciais e protetivas para preservar a mulher e a família afetadas pela ofensa (arts. 9º e 11), bem como medidas cautelares para afastar o ofensor do lar (arts. 22 a 24) e previsões de penas para o seu descumprimento (art. 24-A).

⁴³⁸ A aprovação de tal Lei, deu-se mediante proposta da Deputada Federal Christiane Yared, mãe de uma vítima de acidente de trânsito que resultou em morte e eleita com o mote de combate à criminalidade no trânsito. Novamente, tem-se o exemplo da personificação de um movimento de ofendidos com enfoque na criminalização e aumento da repressão. Em: YARED, Christiane. **Sancionada lei que endurece pena para motorista bêbado que dirige e mata**. 20 de dezembro de 2017. Disponível em: <https://christianeyared.com.br/sancionada-lei-que-endurece-pena-para-motorista-bebado-que-dirige-e-mata/>. Acesso em: 28 de dezembro de 2018.

geral acerca da vítima, no sentido de ser vingativa. Inclusive o tratamento processual penal conferido às vítimas, atrela-se ao seu papel subsidiário ou complementar para contribuir com a persecução penal do acusado. No imaginário institucional e popular, o papel e a figura da vítima ainda é associado à punição e esta etiqueta, que paradoxalmente possibilita a sua participação indireta como acusadora subsidiária, contribui discursivamente para o afastamento da sua participação direta na construção da resposta ao caso penal.

A função do ofendido no processo penal brasileiro pode ser aferida pelas possíveis intervenções processuais que legislação lhe permite fazer a partir da representação por um advogado. Nesse sentido, Flaviane Magalhães de Barros classifica a participação da vítima no processo de iniciativa pública, da seguinte forma: **(i)** como agente condicionador; **(ii)** como agente controlador da acusação e **(iii)** como agente colaborador com a acusação⁴³⁹.

A autora também cita que é possível relacionar a vítima como “sujeito de reparação de dano”, mas que essa reparação, em virtude do sistema da independência adotado pelo CPP, ficaria submetida ao ajuizamento de ação civil reparatória. Essa ação tem a decisão penal condenatória como título executivo, pois, de acordo com o art. 65 CPP, a sentença penal que reconhece a existência do fato, da autoria e as condições da realização do crime, faz coisa julgada no juízo cível (art. 63 do CPP)⁴⁴⁰.

À vista disso, o art. 387, inciso IV, do CPP define que, ao proferir sentença condenatória, o juiz, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido, fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração. O título executivo correspondente à decisão não é plenamente líquido, de tal maneira que a quantificação do montante indenizatório ficará a encargo do juízo cível, respeitando o limite mínimo já estipulado⁴⁴¹. O conteúdo desse dispositivo, no entanto, gera controvérsia quando o pedido de indenização não é feito na peça acusatória, pois, ao conferir uma indenização de ofício, o juiz incorre na violação do contraditório.

Ainda sobre o tema da indenização, o art. 68, atento às limitações econômicas das classes sociais menos abastadas, prevê que, quando a vítima for “pobre”, o MP promoverá a ação indenizatória de reparação. O dispositivo, entretanto, não oferece critérios para definir o que é pobreza, deixando isso à discricionariedade do MP. Para facilitar a indenização, o art. 127 do mesmo diploma concede ao ofendido a faculdade para requerer

⁴³⁹ BARROS, Flaviane de Magalhães. **A Participação da Vítima no Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen, 2008, p. 95.

⁴⁴⁰ BARROS, Flaviane de Magalhães. **A Participação da Vítima no Processo Penal...** Op. cit., p. 95, 108, 115.

⁴⁴¹ BARROS, Flaviane de Magalhães. **A Participação da Vítima no Processo Penal...** Op. cit., p. 111.

ao juízo penal o sequestro de bens do acusado, enquanto o art. 140 estende as garantias do ressarcimento às despesas processuais.

Ao acrescentar ao CPP o art. 28-A, inciso I, a Lei nº 13.964 de 2019 previu como uma das possíveis condições a ser estipulada para o cumprimento do ANPP a reparação do dano ou restituição de coisa à vítima. Além disso, a Resolução nº 181 de 2017 do CNMP, que originou o ANPP, dedicou um capítulo inteiro aos “direitos das vítimas”. Nesse capítulo, a resolução determinou que o membro do MP que preside o Procedimento Investigatório Criminal (PIC) esclareça a vítima sobre seus direitos materiais e processuais e tome medidas necessárias para preservá-los, favorecendo a reparação dos danos sofridos por ela e preservando a sua intimidade, vida privada, honra e imagem. Essa última previsão espelha o previsto no art. 201, §6º, do CPP, que, em sede processual, obriga o magistrado a adotar providências para a preservação dos citados bens jurídicos, podendo determinar o segredo de justiça em relação aos dados da vítima e seus depoimentos.

Outra previsão da resolução foi a determinação, no §4º do art. 17, de encaminhamento da vítima ou outras pessoas atingidas pelo delito à rede de assistência multidisciplinar (psicossocial, de assistência jurídica e de saúde). Esses encaminhamentos, se não forem públicos ou gratuitos, deverão ser custeados pelo ofensor e subsidiariamente, pelo Estado. Considerando que o investigado não foi condenado, entende-se que a sua obrigação de custeio ao atendimento para a vítima advenha da celebração do ANPP. Essa determinação se espelhou no conteúdo do art. 201, §5º, do CPP, mas resolução inovou ao dispor que o referido encaminhamento é um dever e não uma discricionariedade, e que o MP, assim como o judiciário, deve atenção aos direitos da vítima.

Com relação às previsões sobre intervenções diretas da vítima no PIC, o §5º da Resolução nº 181 de 2017 do CNMP dispõe que durante os procedimentos de acolhimento, oitiva e atenção à vítima, o promotor garantirá a ela a possibilidade de prestar declarações de modo espontâneo, bem como sugerir diligências, indicar meios de prova e deduzir alegações. Tal previsão assegura à vítima a chance de se expressar autenticamente, podendo transformar a sua experiência traumática em um objeto de narrativa. A normativa, portanto, se atentou à dimensão humana e subjetiva da vítima.

O §6º do art. 17 da Resolução nº 181 de 2017 do CNMP prevê que os procedimentos de apoio vítima poderão ser estendidos aos familiares dela, demonstrando a ampliação da noção de ofendido e a significação do crime como um ato que gera danos a uma teia de relacionamentos. Adotando, a mesma linha de concepção, o §8º estipulou

medida que merece citação direta em virtude da demonstração de atenção às violências institucionais e sistêmicas praticadas pelos agentes públicos contra vítimas negras:

§ 8º Nas investigações que apurem notícia de violência manifestada por agentes públicos em desfavor de vítimas negras, em atenção ao disposto no art. 53 da Lei nº 12.288/2010, o membro do Ministério Público **deve levar em consideração, para além da configuração típico-penal, eventual hipótese de violência sistêmica, estrutural, psicológica, moral, entre outras, para fins dos encaminhamentos previstos no presente artigo.** (Incluído pela Resolução nº 201, de 4 de novembro de 2019)⁴⁴²

A resolução incide no âmbito pré-processual, mas sua consideração é importante para constatar que as instituições estão prestando, ao menos formalmente, mais atenção aos cuidados necessários com a vítima e as pessoas a ela vinculadas.

Em 2018, o CNJ publicou a Resolução nº 253 e estipulou a política judicial de atenção e apoio às vítimas de crimes e atos infracionais. Logo em seu início, a resolução adota uma concepção bem próxima dos ideais restaurativos em relação ao entendimento da vítima, definindo-a como pessoa que tenha sofrido algum dano físico, moral, patrimonial ou psicológico da prática de crime ou ato infracional praticado terceiro, ainda que este não tenha sido identificado, julgado ou condenado (art. 1º, §1º). Mesmo seguindo noção tão ampla, a resolução também dispôs que sua incidência se estende a pessoas vinculadas à vítima (“cônjuges, companheiros, familiares em linha reta, irmãos e dependentes”).

Como ações práticas dessa política judicial, foram previstas a realização de plantões especializados ao atendimento de vítimas, que contarão com a presença de equipes multidisciplinares capacitadas para tanto. Nesses plantões, segundo o art. 3º, as vítimas receberão orientações jurídicas sobre os procedimentos vinculados ao caso penal, serão informadas sobre seus direitos e sobre programas de proteção e, ainda, poderão ser encaminhadas a programas de JR.

A normativa também prevê diretrizes para as autoridades judiciais em relação ao tratamento das vítimas em sede processual. Dentre essas diretrizes, tem-se: a orientação da vítima sobre seu direito de estar presente em todos os atos processuais; o cumprimento das notificações a essa quanto aos fatos atos previstos no art. 201, §2º, do CPP⁴⁴³ e a adoção de

⁴⁴² BRASIL. **Resolução nº 181, de 7 de agosto de 2017**... Op. cit.

⁴⁴³ “art. 201. Sempre que possível, o ofendido será qualificado e perguntado sobre as circunstâncias da infração, quem seja ou presuma ser o seu autor, as provas que possa indicar, tomando-se por termo as suas declarações. (...)§ 2º O ofendido será comunicado dos atos processuais relativos ao ingresso e à saída do acusado da prisão, à designação de data para audiência e à sentença e respectivos acórdãos que a mantenham ou modifiquem”. Em: BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941** ... Op. cit.

providências para que as vítimas sejam ouvidas em condições adequadas para prevenir a revitimização.

A base normativa para um tratamento institucional humanitário e atento aos direitos da vítima já está posta, ainda que ela não venha diretamente da lei. Por mais que o direito penal não tenha um escopo reparatório, percebe-se que o sistema de justiça brasileiro está adotando um discurso de reconhecimento do estado do ofendido enquanto sujeito de direitos que merece atenção tanto em sede processual quanto extraprocessual. Essa postura política favorece o desenvolvimento de iniciativas e programas inclusivos em relação à vítima, o que, consequentemente atrai a atenção institucional para a JR.

Quanto à participação processual da vítima como “agente condicionador” no processo, no Brasil existe a chamada ação penal pública condicionada, que depende da representação do ofendido para ser proposta. Isso porque o crime vinculado a essa ação afetaria a intimidade da vítima de forma tão severa que seu interesse privado operaria como uma condição específica da ação. A relevância da preservação desse interesse do ofendido é tão grande que o art. 5º, §4º, do CPP veda inclusive o início da investigação quando não houver sido fornecida a representação. Além disso, antes do oferecimento da denúncia, pode o ofendido se retratar da representação (art. 25 do CPP).

Em relação à participação da vítima como “agente controlador”, quando o MP (titular do exercício da ação penal pública) não houver proposto a denúncia no prazo legal e cumulativamente, não houver determinado o arquivamento do inquérito, poderá o ofendido ingressar com uma ação penal privada subsidiária da pública (art. 29 do CPP), exercendo a persecução penal. O direito de ajuizar essa ação penal foi inclusive alavancado ao patamar de direito fundamental e cláusula pétrea pela Constituição da República, em seu art. 5º, inciso LIX.

Outro exemplo é previsto no art. 598 do CPP, que permite à vítima, ou qualquer dos legitimados no art. 31 do CPP, mesmo sem estar habilitada como assistente de acusação, a interpor recurso contra sentença a qual o MP não tenha recorrido. Nesse aspecto, mesmo que o promotor não verifique o interesse público em recorrer da sentença, o ofendido poderá fazê-lo, o que não deixa de ser um reconhecimento da relevância do interesse particular na responsabilização penal do acusado.

Apesar deste circunstancial e indireto protagonismo em caso de inércia do *parquet*, o MP poderá aditar ou repudiar a queixa ajuizada pela vítima, podendo, neste último caso, oferecer denúncia substitutiva, e, nos demais, intervir nos atos do processo iniciado pela ação subsidiária. Havendo negligência do querelante, poderá o MP retomar a ação como

parte principal. Embora a lei não especifique o que seria caracterizado como negligência, e não retire do MP a faculdade para retomar as rédeas da persecução penal, fato é que, a legislação brasileira permite, nos sobreditos termos, que o ofendido se alce à condição de substituto processual do *parquet*, mesmo em processos de natureza pública.

Um outro exemplo, da vítima como agente controlador é o previsto no novo e atualmente suspenso art. 28, §1º, do CPP, abordado no item anterior. O dispositivo permite que a vítima, após ser notificada da decisão do promotor de justiça pelo arquivamento do inquérito ou peças informativas, tenha o prazo de trinta dias para apresentar recurso contra tal decisão à instância revisional competente. O conteúdo do §1º deixa claro que a contestação do arquivamento pode ser feita diretamente pela vítima ou por meio de representante legal. Mais além, para os casos abarcados pelo art. 28-A, a vítima, ao contestar a decisão de arquivamento, pode requerer a realização de acordo de não-persecução, pugnando, por exemplo, pela reparação dos danos sofridos.

Em sede de inquérito policial (pré-processual), caso a autoridade policial se recuse a iniciar investigações requeridas pelo ofendido, a este é assegurado o direito de interpor recurso inominado contra a decisão, endereçando-o ao chefe de polícia (art. 5, §2º, CPP), ou requer providências diretamente ao MP. Elucida-se que o delegado não é obrigado a instaurar procedimento investigatório, mas tem a obrigação de verificar a plausibilidade da notícia-crime. O art. 14 do CPP assegura ao ofendido o direito de requerer diligências à autoridade policial durante a investigação e, como se trata de seara administrativa, neste campo, o ofendido pode atuar sem o intermédio de um advogado.

Sobre a atuação da vítima como “agente colaborador da acusação”, o CPP, em seu art. 268, prevê que o ofendido poderá intervir em todos os atos do processo penal se admitido como assistente de acusação por decisão do magistrado que conduz o caso. O art. 272 também determina que o MP deverá ser ouvido sobre a admissão do assistente, mas seu pronunciamento não vincula o juiz da causa.

Sobre as intervenções diretas da vítima no processo penal, ao contrário do direito norte-americano, que recepcionou as chamadas “declarações de impacto” das vítimas perante um juiz ou júri antes do proferimento de uma decisão⁴⁴⁴, o direito brasileiro, a seu turno, não assegura participações diretas que abarquem questões mais simbólicas ao

⁴⁴⁴ Essa declaração consiste em consiste em uma manifestação da vítima, ou de seus familiares (a depender da extensão que a lei aplicável ao caso conceda ao conceito de ofendido) perante o juiz e o júri, após a condenação do acusado por este, previamente à aplicação da pena, quando o juiz determinará a pena a ser aplicada, acerca dos efeitos do crime em sua vida. Em: STEVENS, Mark Victim Impact Statements Considered in Sentencing. *Berkeley Journal of Criminal Law*. Volume 2, Issue 1, article 3, p. 1-13, 2000, p. 1.

ofendido no campo processual. Apesar disso, nada impede que o magistrado autorize a vítima a narrar espontaneamente os impactos do crime em sua vida, o que também deverá ser submetido ao crivo do contraditório antes de ser considerado, por exemplo, para fins de dosimetria (art. 59 do CP).

Outro ponto que merece atenção é a efetivação dos direitos processuais e materiais das vítimas, porque nem sempre a sua previsão é acompanhada de remédios processuais específicos a serem utilizados em caso de violação⁴⁴⁵. A disposição do CPP sobre o recurso inominado em procedimento administrativo endereçado ao chefe de polícia, assegura o direito do ofendido de provocar o início de investigações, e também há previsões referentes ao questionamento da decisão de arquivamento e a possibilidade de exercício subsidiário do exercício da persecução penal em casos de inércia. Apesar disso, o direito à informação, preservação da intimidade e os direitos de apoio da rede não possuem remédios processuais específicos em caso de violação. Ante a essa questão, a solução jurídica para o ofendido assegurá-los seria por meio da impetração de mandado de segurança. Também é possível o ingresso de ações indenizatórias contra o Estado no caso de violação desses direitos.

Esse subcapítulo buscou demonstrar que, em razão da função de acerto do processo penal, o espaço conferido à vítima no procedimento público é, em regra, via uma atuação indireta pro meio dos operadores do direito e, teleologicamente, voltada à persecução penal. Ainda assim, a previsão de direitos processuais e materiais da vítima e a estipulação de deveres institucionais para efetivá-los atestam que, gradativamente, o sistema de justiça parece, ao menos formalmente, prestar mais atenção nas necessidades da vítima, inclusive em termos de reparação de danos causados pelo crime.

Nas práticas restaurativas, por sua vez, a vítima da ofensa possui mais espaços de intervenção direta, de expressão e de compartilhamento do poder decisório quanto ao caso penal, sendo a grande protagonista das abordagens e tendo chances de desenvolver respostas ao caso penal para além da pena. Isso posto, o discurso que atualmente vem sendo adotado pelo sistema de justiça denota maior permeabilidade aos espaços de participação direta da vítima em relação à construção de respostas ao caso penal o que favorece, consequentemente, o desenvolvimento de um modelo restaurativo de justiça.

⁴⁴⁵ BELOOF, Douglas E. The Third Wave of Crime Victim's Rights: Standing, Remedy, and Review. **BUE Law Review**. Article 1, Issue 2, p. 256- 365, 2005, p. 275.

2.5 Sobre os fundamentos da punição e sua conexão instrumental com o processo: caminhos para a construção da censura como alternativa à punição

Na obra “*The process is the punishment: handling cases in a Lower Criminal Court*”, Malcolm Feeley abordou o desenvolvimento de seus estudos empíricos nas cortes criminais de New Haven (Connecticut, Estados Unidos), cujo objetivo foi explorar o funcionamento e a administração do sistema de justiça a partir da teoria dos sistemas abertos e da teoria organizacional. Uma das conclusões do autor se assentou no fato de que a dinâmica dessas cortes dá especial enfoque discursivo ao caráter adversarial dos relacionamentos nos quais elas intervêm e utilizam esse discurso para respaldar a própria existência, tentando significar a utilidade do processo enquanto ele é vivenciado pelas pessoas⁴⁴⁶.

O design geográfico das cortes retrata essa transposição simbólica do conflito humano para o mundo jurídico, espelhando modelos de campo de batalha em que as partes se encontram em lados opostos mirando o juiz, cuja palavra é o objeto máximo da guerra processual⁴⁴⁷. Essa atividade dialética, alicerçada no contraditório, direciona-se à formação do convencimento do julgador mediante a reconstrução linguística dos fatos pretéritos e do direcionamento de sua qualificação jurídica. Tal clima de antagonismo reflete a dicotomia relativa a possibilidade da punição ser ou não aplicada no caso concreto.

Todo o processo penal gira em torno dessa questão, e funcionalidade desse ritual é caracterizada pela sua qualidade enquanto instrumento autônomo mas conexo diretamente com o direito penal. Essa conexão aproxima tanto o processo da violência estatal que ele mesmo, que deveria ser uma barreira ao seu exercício arbitrário, acaba por contaminar-se com ela ao seu próprio modo.

Feeley, ao realizar entrevistas com os réus e vítimas que frequentavam as cortes criminais, verificou como o processo penal é intrusivo na vida privada, caracterizando-se pela provocação da ansiedade, fazendo com que as pessoas percam dias de trabalho para reviverem experiências negativas, afetando relacionamentos e depositando sobre todos os envolvidos uma carga estigmatizante vinculada ao papel que assumem no cenário processual⁴⁴⁸. As pessoas, antes envolvidas em um conflito real, são inseridas em um

⁴⁴⁶ Sobre o tema ver: FEELEY, Malcolm M. **The Process is the Punishment: Handling Cases in a Lower Criminal Court**. New York: Russell Sage Foundation, 1992.

⁴⁴⁷ CLARK, William A. V. Geography in Court: Expertise in Adversarial Settings. **Transactions of the Institute of British Geographers**, Londres, v. 16, n. 1, p. 5-20, 1991, p. 14.

⁴⁴⁸ FEELEY, Malcolm M. **The Process is the Punishment...** Op. Cit., p. 62.

espaço particular em que os principais atores falam e se vestem de um modo estranho, como que integrando uma espécie de ritual sagrado, distante do cotidiano e cujo tempo de realização foge ao controle dessas "partes de fato", que pouco podem fazer a não esperar passivamente⁴⁴⁹. Nesse espaço, os indivíduos recebem novas identidades, de "vítima" e "réu", cuja qualidade por excelência é servir de meio de prova para alimentar o combatente simbólico daqueles que os personificam. A essência degradante do processo, portanto, consiste na ritualística reificação do sujeito violentado e de seu suposto violentador, que têm sua identidade social substituída e pelo papel processual e sua dimensão humana abstraída pela codificação de uma linguagem que mal compreendem⁴⁵⁰. Não bastasse isso, a identidade social, mesmo após o processo, pode ser drasticamente afetada pela estigmatização advinda da identidade processual conferida.

Feeley abordou essa última questão ao tratar os tribunais como "sistemas abertos" que

podem tanto influenciar quanto ser influenciados pelo ambiente social externo. Essa interação pode ser mais direta, pelo contato do tribunal com outras instituições estatais, ou mais ampla, relacionada às influências subjetivas e imprevisíveis da pressão social e midiática⁴⁵¹. Com a velocidade e constante intercâmbio de informações propiciadas pelo mundo digital, essa troca entre cortes e o mundo externo está mais forte e, não raro, conformando a atividade processual como mais ou menos hostil ao réu ou à vítima a depender de como o caso reverbera social e midiaticamente.

Não são poucos casos em que o julgamento em si se transforma em uma punição antecipada em razão do seu alcance externo, da espetacularização da dor das vítimas e a demonização do ofensor. Essa reverberação social dialoga com a noção de caráter sacrificial do ritual processual, que, na visão de René Girard, colabora para expiar o anseio coletivo de reprovar a violência mediante o sacrifício da vítima, materializa a aflição coletiva em relação à experiência violenta do crime⁴⁵². A vítima é sacrificada em prol de remover essa aflição, sendo cada vez mais apagada do cenário processual, enquanto o réu também é sacrificado como fonte dessa violência.

A partir da anulação simbólica da vítima e da anulação física do réu, pela punição, emite a mensagem social de que a reprodução da violência pelo coletivo é desnecessária,

⁴⁴⁹ THISEN, Graciela Fernandes. **O processo e a cerimônia degradante**. Porto Alegre: PUCRS, dissertação de mestrado, 2006, p. 73-80.

⁴⁵⁰ THISEN, Graciela Fernandes. **O processo e a cerimônia degradante...** Op. cit., p. 12-113.

⁴⁵¹ FEELEY, Malcolm M. **The Process is the Punishment...** Op. Cit., p. 15-20, 59.

⁴⁵² GIRARD, René. **A Violência do Sagrado**. São Paulo, Editora UNESP, 1990, p. 27 e ss.

pois a luta está sendo travada na seara jurídica (simbólica). Vítima e réu são oferecidos como sacrifício à sociedade pelos operadores do direito (sacerdotes), que reencenam simbolicamente a violência do caso penal e permitem o seu retorno ao mundo externo na forma do estigma, da humilhação, da segregação e da culpabilização, seja em face da vítima, seja em face do réu.

A “semântica social” que se confere à palavra “réu”, carregada do significante da culpa, e da vítima, carregada de fragilidade e impotência, reflete essa violência. A custa de viabilizar o acerto do caso penal, o processo criminal torna-se amostra antecipada da punição⁴⁵³⁴⁵⁴.

Esses possíveis efeitos nocivos do processo penal demandam que, para além da tipicidade aparente da conduta imputada, da sua punibilidade concreta, da legitimidade da parte para ativar para denunciar o crime, exista uma “justa causa” no oferecimento dessa denúncia ou queixa.

Essa “justa causa”, indefinida pela lei, pode ser interpretada como a justificativa que autoriza a persecução penal do acusado no caso concreto, considerando todos os custos e potenciais danos do processo e sua conexão instrumental com o direito penal. É essa conexão instrumental que faz com que os questionamentos em relação aos fundamentos e a

⁴⁵³ THISEN, Graciela Fernandes. **O processo e a cerimônia degradante...** Op. cit., p. 120-125.

⁴⁵⁴ A título ilustrativo relembra-se o caso emblemático da “Escola Base” que ocorreu em 1994 na cidade de São Paulo. Trata-se de uma situação em que proprietários e funcionários de uma escola estavam sendo investigados em razão de uma declaração de que teriam praticado abuso sexual contra alunos. Depois do cumprimento de um mandado de busca e apreensão na casa dos investigados, em que nenhuma evidência foi encontrada, a mãe de uma das crianças informou a situação a uma grande emissora televisiva e assim se iniciou a exploração midiática da questão. Após a entrega de um laudo pericial positivo para a prática criminosa, a polícia prestou declarações à mídia e notícias como “os monstros da escola”, “escola dos horrores” e Kombi era um motel na escola do sexo” foram publicadas, além de um apresentador ter defendido a aplicação da pena de morte para os investigados. Posteriormente o laudo foi complementado, ressaltando que as lesões visualizadas na criança eram fruto de problemas intestinais, mas até então a escola já havia sido depredada, fechada, e os investigados haviam perdido seus empregos, além de sofrerem uma série de ameaças e serem presos preventivamente. Ao final o inquérito foi arquivado, concluindo-se que as provas apresentadas foram mal produzidas e se mostravam inconclusivas. Como resultado, duas décadas depois do incidente alguns dos investigados ainda apresentavam sintomas de depressão e tinham dificuldade para arranjar emprego. Mesmo em se tratando de uma questão pré-processual, tal exemplo ilustra a permeabilidade do sistema judicial a fatores externos, afinal as prisões preventivas foram decretadas por um juiz. BAYER, Diego; AQUINO, Bel. **Caso da Escola Base, Aclimação, São Paulo (1994)**. Justificando: 10.12.2014. Disponível em: <http://justificando.com/2014/12/10/da-serie-julgamentos-historicos-escola-base-a-condenacao-que-nao-veio-pelo-judiciario/>; BELCHIOR, Marcela. Caso Escola completa 20 anos e acusados ainda buscam recomeço. Adital, notícias da América Latina e Caribe, 21.03.2014. Disponível em: <http://site.adital.com.br/site/noticia.php?lang=PT&cod=79884>; BITTENCOURT, Mariana. **Escola Base: aniversário do sensacionalismo**. Viés. 07.07.2011. Disponível em: <http://www.ufrgs.br/vies/vies/escola-base-aniversario-do-sensacionalismo/>; LIMA, Raymundo. Delação e Escola: o caso da Escola Base. **Revista Espaço Acadêmico**, nº 54, Novembro/2005, 2005. Disponível em: <http://www.espacoacademico.com.br/054/54lima.htm>. Acesso em 15 de janeiro de 2020.

finalidade da punição sejam relevantes não apenas no campo do direito material, mas igualmente na seara processual.

O processo se presta a responder a seguinte pergunta: é necessário punir no caso concreto? O que legitima uma resposta positiva é o acerto promovido processualmente que indica o cometimento de uma conduta típica, ilícita e culpável. Mesmo com essa noção ideal, desde a Lei nº 9.099 de 1995 e, agora, com a positivação do ANPP, o legislador parece antecipar, em relação à anterior, outra indagação: é necessário processar quando o potencial acusado já foi objetivamente responsabilizado pela ofensa objeto de persecução? Para os casos abarcados pelo ANPP e pela transação penal, a resposta claramente é não. Para os demais, a legislação delegou uma análise concreta ao Ministério Público e, subsidiariamente, ao Poder Judiciário, a partir do conceito de justa causa.

Nessa perspectiva, a justa causa pode ser entendida como uma extensão concreta do princípio da *ultima ratio* do uso do direito penal. Esse princípio é usualmente associado com a tarefa do legislador e remete à noção de que as previsões legais penais serão necessárias somente no caso de outros ramos do direito não oferecerem resposta menos violenta à situação. Tal lógica pautada na harmonização de condutas com o ordenamento jurídico, do modo menos violento possível, parece orientar também a necessidade de aplicação concreta de repostas penais em razão da previsão da justa causa como condição da ação penal. Assim tem-se que a justa causa possibilita a concretização casuística do princípio na *ultima ratio* quando houver outras formas, menos violentas, de se atender às finalidades do processo e da pena⁴⁵⁵. Essa conclusão faz mais sentido ainda, quando se considera que o legislador, incapaz de prever todas as possibilidades em que a intervenção penal seria necessária, delegou essa função ao sistema de justiça a partir da previsão da justa causa como condição da ação penal.

Em se tratando do princípio da intervenção mínima, este alude à diretriz básica relativa à legitimidade da criminalização primária apenas quanto aos bens jurídicos da mais alta relevância. Considerando que o legislador não tem contato com a conduta criminalmente reprovável, entendemos que a intervenção mínima vincularia, da mesma forma, a criminalização secundária (ou a persecução penal como um todo), sob pena de

⁴⁵⁵ SILVA, Mário Edson Passerino Fischer da; BONAVIDES, Samia Saad Gallotti. As práticas restaurativas como uma alternativa à persecução penal: da resignificação do caso penal a uma necessária concretização do princípio da *ultima ratio* **Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Paraná**, ano 6, n. 11, Curitiba, p. 74-101, 2019, p. 91.

desvirtuar a função social do processo penal que, por conexão instrumental, está atrelada aos fundamentos últimos da punição⁴⁵⁶.

Para Giamberardino, a reflexão sobre a possibilidade de punir é fundamental para compreensão crítica dos fundamentos da punição e a cogitação de outros modelos para promover a censura de condutas tidas como reprováveis⁴⁵⁷. Problematicando a necessária vinculação entre afluência e a reação institucional ao crime, Giamberardino abordou os alicerces e problematizações em torno das teorias fundamentadoras da pena, descrevendo os pressupostos e vertentes das teorias absolutas da justiça (retributivistas), utilitaristas (prevencionistas) e ecléticas.

Dentre as vertentes analisadas, o autor concluiu que a perspectiva expressiva ou comunicativa da punição corresponderia à explicação mais ética e coerente em relação a sua função elementar da punição: denunciar ao indivíduo e ao coletivo que o ato praticado é reprovável e inaceitável⁴⁵⁸. Tal vertente, que possui como expoentes Joel Feinberg⁴⁵⁹ e Antony Duff, assenta-se nos fundamentos das teorias retributivas de justiça, compreendendo que a prática de um mal deve resultar necessariamente na comunicação da censura (reprovação)⁴⁶⁰. Todavia, ao contrário da perspectiva do retributivismo clássico, a vertente comunicativa não vincula a reprovação pública da ofensa com a imposição intencional de sofrimento, mas sim com o chamado “tratamento severo” (*hard treatment*)⁴⁶¹.

Como lembrou Giamberardino, John Braithwaite e Philip Pettit respaldaram a separação entre censura e castigo apontando que a reprovação não se vincula necessariamente à pena, pois a censura pode ser concretizada por meios de expressão da desaprovação coletiva que não sejam punitivos⁴⁶². Giamberardino também apontou que essa perspectiva foi seguida por Roberto Gargarella ao analisar a punição no contexto latino-americano, sob uma perspectiva republicana.

A resposta penal republicana, na visão de Gargarella, deve ser inclusiva e orientada à reintegração comunitária, tomando cada agente como um sujeito moral (e não apenas

⁴⁵⁶ SILVA, Mário Edson Passerino Fischer da; BONAVIDES, Samia Saad Gallotti. As práticas restaurativas como uma alternativa à persecução penal... Op. cit., p. 92.

⁴⁵⁷ GIAMBERARDINO, André Ribeiro. *Crítica da Pena e Justiça Restaurativa*... Op. cit., p. 69.

⁴⁵⁸ GIAMBERARDINO, André Ribeiro. *Crítica da Pena e Justiça Restaurativa*... Op. cit., p. 82.

⁴⁵⁹ FEINBERG, Joel. The expressive function of punishment. *Monist*, 19:3, p. 397-423, 1965; DUFF, R. Antony. *Punishment, Communication and Community*. Oxford: Oxford University Press, 2001.

⁴⁶⁰ GIAMBERARDINO, André Ribeiro. *Crítica da Pena e Justiça Restaurativa*... Op. cit., p. 83.

⁴⁶¹ GIAMBERARDINO, André Ribeiro. *Crítica da Pena e Justiça Restaurativa*... Op. cit., p. 83.

⁴⁶² GIAMBERARDINO, André Ribeiro. *Crítica da Pena e Justiça Restaurativa*... Op. cit., p. 113. BRAITHWAITE, John; PETTIT, Philip. *Not just Deserts: a Republican Theory of Criminal Justice*. Oxford: Clarendon Press, 1990, p. 209.

racional) de modo que a comunidade possa expressar sua reprovação ao crime por meio de um processo comunicativo horizontal, em oposição à aplicação verticalizada, paternalista e excludente da pena⁴⁶³. Segundo essa noção, o uso da violência penal, como forma de responsabilização, deve ser somente o último recurso e, quando usado, deve ser aplicado na menor medida possível, uma vez que a pena é inerentemente maléfica à reintegração social do autor e à reconstrução dos laços comunitários afetados pelo crime.

Tendo isso em consideração, nesse capítulo será revisitado o caminho traçado por Giamberardino em relação às críticas à punição e à possibilidade da censura operar como uma possível alternativa à pena, direcionando-se as reflexões ao conceito de justa causa e para o que pode ser considerado o fundamento e finalidade última do processo penal em uma sociedade democrática. Dessa maneira, pode-se pensar em um modelo restaurativo de justiça que produza efeitos jurídicos que contenham a violência institucional no campo penal, ou, como ponderou Giamberardino:

(...) um tipo de relação entre mediação e outras práticas restaurativas de censura com o sistema penal pautada por algo que se pode quicá denominar “alternatividade estrategicamente não-excludente”, a meia distância da posição segundo a qual só existirão práticas restaurativas de censura quando for “abolida” a pena como é hoje conhecida, de um lado e da postura mais descrente para a qual não há saída para além da relação de complementaridade e dependência entre um e outro, com o conseqüente risco de cooptação (...)⁴⁶⁴

Segundo Massimo Pavarini e Bruno Guazzaloca, a pena é dotada de três caracteres fundamentais que a constituem enquanto uma forma específica de censura: **(i)** o caráter aflitivo (que remete à produção intencional de dor); **(ii)** o caráter expressivo (que remete à expressão de um juízo de reprovação emitido por uma autoridade da qual emana a legitimidade para aplicar o poder punitivo em nome da sociedade) e **(iii)** o caráter estratégico (finalidade de perseguição de condutas específicas sob a roupagem de uma punição legítima e justa)⁴⁶⁵.

Para Tobias Barreto, o conceito de pena é político, e não jurídico. Seu verdadeiro fundamento seria a guerra e nada teria a ver com a ideia de direito, pois pode ser aplicada e executada com base em racionalidades alheias à jurídica⁴⁶⁶. A partir dessa lógica, o autor forneceu os alicerces ao que, décadas mais tarde, se tornaria a “Teoria Agnóstica da Pena”

⁴⁶³ GARGARELLA, Roberto. **De la injusticia penal a la justicia social**. Bogotá: Siglo del Hombre, 2008, p. 35, 38-39.

⁴⁶⁴ GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Crítica da Pena e Justiça Restaurativa...** Op. cit., p. 160.

⁴⁶⁵ PAVARINI, Massimo; GUZZALOCA, Bruno. **Corso di diritto penitenziario**. Bologna: Edizioni Martina Bologna, 2004.

⁴⁶⁶ BARRETO, Tobias. **Estudos de Direito...** Op. cit., p. 178-179.

de Zaffaroni, que rejeita qualquer fundamentação jurídica legítima para a pena e a denuncia como a racionalização de um poder punitivo opressor e seletivo. Barreto então tomou como fato incontestável que punir é sacrificar o indivíduo, “no todo ou em parte”, em prol da comunhão social (coesão). Esse sacrifício necessário que não se amolda à lógica jurídica, mas também não poderia ser abolido por ela, pois, de acordo com o autor, a humanidade nunca existiu sem ele⁴⁶⁷.

Nesse último aspecto vê-se como a perspectiva de Barreto alia-se a uma leitura universalista e linear da história e como isso afeta o seu julgamento acerca da necessidade da pena, o que apenas ressalta a importância em se reconhecer na história as outras expressões da censura. As considerações do autor, todavia, caminham no sentido de que os fundamentos para a punição são extrajurídicos e essa postura é regra mesmo entre autores que realizam um esforço teórico considerável para legitimá-la juridicamente.

Como um relevante autor que apresenta ideias nesse sentido, cita-se Claus Roxin, para quem os limites da intervenção penal (punição) devem ser extraídos da função social do direito penal. Essa função corresponde ao favorecimento de uma convivência pacífica, livre e segura entre os cidadãos, na medida em que tais objetivos não possam ser atingidos a partir do recurso a outras medidas menos intrusivas na esfera de liberdade⁴⁶⁸. A ilustração jurídica dessa função, parte da ficção do contrato social, da qual se extrai conceitualmente que o poder punitivo deve garantir ao cidadão tanta proteção quanto necessária, porém, igualmente, tanta liberdade quanto possível⁴⁶⁹. Por isso, o autor aponta que o direito penal seria um meio subsidiário para proteger bens jurídicos, e o faria a partir ameaça de punição e da reprovação de condutas que os lesassem, enviando uma mensagem social de que estes bens são democraticamente valiosos e não podem ser maculados⁴⁷⁰. Roxin concluiu, portanto que a finalidade do direito penal é a proteção da harmonia relacional entre os integrantes da sociedade e, para tanto, o fundamento da punição seria a sua utilidade de prevencionista, que permitiria reafirmar normas as quais assegurariam essa harmonia.

No texto “Sentidos e limites da pena estatal”, referenciado por Giamberardino ao abordar as teorias ecléticas sobre a pena, Roxin ressaltou que as teorias absolutas (retributivistas) não teriam serventia para explicar o fundamento da punição. A justificativa

⁴⁶⁷ BARRETO, Tobias. **Estudos de Direito...** Op. cit., p. 173.

⁴⁶⁸ ROXIN, Claus. ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal? Em: HEFENDEHL, Roland. **La Teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Madrid Marcial Pons, p. 443-458, 2007, p. 446.

⁴⁶⁹ ROXIN, Claus. ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal?... Op. cit., p. 447.

⁴⁷⁰ ROXIN, Claus. ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal?... Op. cit., p. 445-448, 454.

para tanto seria de que os pressupostos retributivistas não poderiam ser comprovados racionalmente, uma vez que estariam atrelados à ideia de justiça pela imposição de um mal como meio de expiar os efeitos negativos do crime⁴⁷¹. Além disso, segundo o autor, a teoria retributivista não seria adequada porque ela não estabeleceria limites ao poder estatal de criminalizar, afinal, se a autorização para punir é retribuir um mal, qualquer mal poderia ser passível de punição penal. O problema que Roxin busca enfrentar no texto em pauta é como estabelecer limites ao poder punitivo, de modo que ele também concluiu que a prevenção especial, referente à neutralização (negativa) ou à ressocialização/tratamento (positiva) não seriam adequadas, pois sequer oferecem limites quantitativos aplicáveis nos casos concretos⁴⁷².

Reconhecendo que os escopos preventivos gerais também não atenderiam aos critérios de proporcionalidade no momento da imposição e execução da pena, Roxin renunciou o uso “fechado” de uma única teoria da pena, pois entendeu que as teorias individualmente consideradas não dariam conta de fundamentar as três maneiras as quais ao direito penal atuaria sobre o indivíduo: ameaçando, impondo e executando penas. Assim, compreendeu que para cada momento a pena demandaria uma justificação diversa, e então apresentou sua “teoria unificadora dialética” constatando que: (i) no momento da criminalização primária, a pena teria uma função intimidadora de (prevenção geral negativa); (ii) no momento da determinação da sentença ela observaria os pressupostos de proporcionalidade do retributivismo e (iii) no momento da execução ela terá caráter de ressocializador, colaborando para o reenquadramento moral do sujeito dentro do limite temporal estipulado na sentença (prevenção especial)⁴⁷³.

A unificação proposta por Roxin, no fito conter o poder punitivo que, singularmente, as suas teorias de referência falharam em realizar⁴⁷⁴, resultou em uma unificação incoerente. Por exemplo, se o objetivo da prevenção geral negativa é intimidar, a punição penal deve ser certa e causar mais prejuízo (desprazer) do que os ganhos com o crime. No modelo de Roxin, isso não será vislumbrado uma vez que o juiz adotará critérios retributivos para condenar. A efetivação dessa resposta, ao seu turno, não será proporcional, pois a lógica de tratamento da prevenção especial (positiva) relativiza a proporcionalidade

⁴⁷¹ ROXIN, Claus. **Sentido e Limites da Pena Estatal**. Em: Problemas fundamentais de direito penal. Trad. Ana Paula dos Santos Natscheradetz. Lisboa: Vega, p. 15-47, 1986, p. 15-17.

⁴⁷² ROXIN, Claus. **Sentido e Limites da Pena Estatal**. Em: Problemas fundamentais de direito penal. Trad. Ana Paula dos Santos Natscheradetz. Lisboa: Vega, p. 15-47, 1986, p. 20-21.

⁴⁷³ ROXIN, Claus. **Sentido e Limites da Pena Estatal**. Em: Problemas fundamentais de direito penal. Trad. Ana Paula dos Santos Natscheradetz. Lisboa: Vega, p. 15-47, 1986, p. 26, 28-45.

⁴⁷⁴ Como o terrorismo penal da prevenção geral negativa, a indeterminação da prevenção especial positiva e a aplicação punitiva inconsequente ou reação punitiva generalizada do retributivismo.

em nome da reeducação, ou, se essa relativização não for permitida, não se pode falar em prevenção especial. Assim, a teoria unificadora dialética admite a permanência do sujeito reintegrado sob a penitência, ao mesmo passo em que admite a liberação do sujeito que pode não ter sido reeducado (seja lá o que isso quer dizer). Em outras palavras, pela junção de racionalidades incompatíveis, a teoria de Roxin possibilita que a aplicação da pena seja inócua aos olhos de cada uma das teorias que unifica e nesse aspecto, ela também parece falhar em termos de limitar, ao mínimo, o poder punitivo, não atendendo à finalidade de sua própria elaboração.

O esforço equalizador entre consequencialismo e retribuição também foi feito por Herbert Lionel Hart, para quem é possível aceitar que a justificativa geral da pena sejam as consequências benéficas da sua aplicação e que a perseguição desse fim deve ocorrer com atenção aos princípios retributivos de matriz distributiva, no sentido de que a punição apenas pode ser imposta para quem cometeu uma ofensa e na proporção da ofensa cometida⁴⁷⁵. Nesse sentido, Hart separa a justificação (fundamento) da punição, que ele considera ser o consequencialismo, da sua finalidade, que ele afirma estar assentada no princípio retributivo de matriz distributiva: A diferença, segundo o autor, entre seu retributivismo de forma distributiva e o retributivismo como justificação final é o fato deste ser fundamentado na reprovabilidade moral e não na produção de consequências benéficas, que dependeriam, segundo Hart, da observância da proporcionalidade e da necessidade de se punir, somente, os culpados⁴⁷⁶.

No ordenamento penal brasileiro se vislumbra a sobreposição de racionalidades como na teoria de Roxin. Em um primeiro momento, prevê-se uma pena mínima e máxima em abstrato. Em um segundo, para fins de determinar a pena adequada ao caso concreto, adotam-se critérios que digam respeito ao fato e ao seu autor para se estipular uma quantidade de punição proporcional, o que vai de encontro a um limite (prévio) mínimo e máximo. Na fase de execução penal, a lei adota um sistema de progressão de regime com vistas à reintegração social que pode tanto tornar a punição menor, quanto elastecer a permanência do sujeito sob o domínio dela⁴⁷⁷.

Para Zaffaroni, a sustentação do discurso jurídico-penal se dá pela falta de sua substituição por outro discurso capaz de supri-lo. Assim, mesmo que seja constantemente

⁴⁷⁵ HART, Herbert Lionel. **Prolegomenon to the Principles of Punishment**. Em: Punishment and responsibility: essays in the philosophy of law. 2. ed., Oxford: Oxford University Press, p. 1-27, 2008, p. 4, 9.

⁴⁷⁶ HART, Herbert Lionel. **Prolegomenon to the Principles of Punishment**... Op. cit., p. 12.

⁴⁷⁷ Um exemplo é quando o sujeito está em livramento condicional, mas retorna ao regime prisional, desconsiderando-se o tempo de livramento, por exemplo.

denunciado como falso e como alicerce de um sistema precário de controle social, o direito e o processo penal ainda são concebidos como os únicos instrumentos disponíveis à defesa dos direitos humanos de alguns segmentos sociais. Ocorre que essa noção é tão evidentemente irreal que a legitimidade do sistema penal não é mais passível de resgate pelo argumento transitoriedade de sua situação de crise, afinal, a sua aplicação falha, em termos de proteção de direitos, deixou há muito tempo de ser concebida como conjuntural para ser vista, majoritariamente, como atavicamente inconsistente⁴⁷⁸.

Como características estruturais do sistema penal, especialmente os latino-americanos, Zaffaroni indica a seletividade da punição, a reprodução da violência pela recriação das condições de segregação, a concentração de poder nas mãos das instâncias punitivas, a verticalização social e a destruição das relações horizontais e comunitárias⁴⁷⁹.

Considerando os efeitos destrutivos do sistema penal, Nils Christie apontou que a imposição de um castigo legalmente permitido implica em causar dor deliberadamente, e que isso está em desacordo com os valores sociais de solidariedade e fraternidade, sendo corrosivo para o tecido comunitário⁴⁸⁰. Reconhecendo que a finalidade punitiva do castigo depende dessa imposição intencional, incompatível com os valores morais, Christie propõe o fim da punição e apregoa que o único posicionamento moralmente aceitável em face dela é advogar por restrições severas ao uso da dor como um meio de controle social, fazendo-se necessária a busca por meios construtivo de reprovar o crime.

O reconhecimento desses impactos da punição incentivam questionamentos sobre os fundamentos para a sua aplicação, o que foi tratado por David Boonin em “*The problem of punishment*”. Em sua obra, Boonin assumiu que as teorias utilitaristas e retributivas possuem assunções falhas para justificar a aplicação da punição, assim, em linha semelhante a seguida por Hart, sua reflexão adotou um distintivo fundamental acerca do que é “fundamentação da punição”, que seria a base para explicar a existência da punição enquanto instituto, e o que é a “finalidade” que se busca atingir ao punir⁴⁸¹.

Para o autor, as teses utilitaristas vão no sentido de que: ou os benefícios da punição são suficientes legitimar a sua aplicação ou que a existência da punição é justificada por seu caráter preventivo: como meio de (re)educação moral (prevenção especial positiva), neutralização do sujeito (prevenção especial negativa), validação do poder normativo

⁴⁷⁸ ZAFFARONI, Raúl Eugenio. **Em busca das penas perdidas...** Op. cit., p. 14.

⁴⁷⁹ ZAFFARONI, Raúl Eugenio. **Em busca das penas perdidas...** Op. cit., p. 15.

⁴⁸⁰ CHRISTIE, Nils. **Los límites del dolor**. D.F (México): Breviarios del fondo de cultura económica, 1988, p. 7.

⁴⁸¹ BOONIN, D. **The problem of punishment...** Op. cit., p. 1-36.

enquanto um referencial que merece obediência (prevenção geral positiva), ou intimidação pela possibilidade do castigo (prevenção geral negativa)⁴⁸². Boonin alerta então que as vertentes consequencialistas podem até oferecer uma justificativa aceitável para punição, no sentido que se pune somente quando isso gera mais benefícios do que malefícios, mas no que toca ao oferecimento de fundamentos aceitáveis para a punição, a tese utilitarista esbarra em problemas éticos, pois permite o tratamento do ser humano enquanto objeto, tornando sua dignidade secundária em face dos fins que se busca atingir⁴⁸³.

Para Bentham, o que justifica o castigo é a sua utilidade e necessidade, sendo a punição um meio cuja finalidade é prevenir a ocorrência de determinados atos e incentivar a realização de outros para preservar a ordem social⁴⁸⁴. Considerando as consequências atavicamente maléficas que o castigo gera ao indivíduo, Bentham advoga que as penas deveriam menos severas e mais aparentes para incutir nas pessoas o medo da punição e, assim, evitar que práticas criminosas, e também punições, aconteçam⁴⁸⁵. A pena em si teria como função restringir o castigo a um limite suficiente para tornar o prazer do crime insuficientemente atraente e assim intimidar os potenciais autores de crimes que, como seres racionais e calculistas, deixariam de praticá-los em face dessa desvantagem. Segundo o autor: “quanto mais podemos assegurar a certeza da pena, menor deve ser o seu rigor”⁴⁸⁶, o problema dessa lógica é que, em razão da limitação operacional do sistema penal, ela leva ao terrorismo penal⁴⁸⁷.

Além disso, a fundamentação utilitarista admite a punição de inocentes quando isso for mais benéfico do que maléfico. O contra-argumento de que a qualificação de inocente desqualificaria o castigo enquanto punição, também não resolve o problema da injustiça que utilitarismo admite, e da incoerência que ela possui com as próprias premissas consequencialistas, afinal permite, admitir a punição de inocentes é comprometer a credibilidade das instituições e instalar a constante insegurança⁴⁸⁸.

Em relação ao retributivismo, é importante pontuar que o debate em torno dele é mais complexo do que a ótica utilitarista faz parecer, ao taxá-lo como vertente que institucionaliza a vingança e ignora a realidade. Para Giamberardino, as teorias retributivas

⁴⁸² BOONIN, D. *The problem of punishment...* Op. cit., p. 2.

⁴⁸³ BOONIN, D. *The problem of punishment...* Op. cit. p. 20, 30-39.

⁴⁸⁴ BENTHAM, J. *Teoria das penas legais*. São Paulo: Edições Cultura, 1943, p. 17-20.

⁴⁸⁵ BENTHAM, J. *Teoria das penas legais...* Op. cit., p. 14.

⁴⁸⁶ BENTHAM, J. *Teoria das penas legais...* Op. cit., p. 31.

⁴⁸⁷ ZAFFARONI, Raúl Eugenio. *Em busca das penas perdidas...* Op. cit., p. 25-26.

⁴⁸⁸ BOONIN, D. *The problem of punishment...* Op. cit., p. 44.

podem ser divididas em: **(i)** vinculadas à filosofia idealista de base kantiana, **(ii)** ao neoretributivismo, de matriz anglo-saxã e **(iii)** às teorias expressivas da pena⁴⁸⁹.

O retributivismo clássico ou kantiano apregoa a punição como uma necessidade decorrente de um imperativo categórico de justiça (fundamentada por si só) que deve ser pautada na proporcionalidade da resposta em relação ao mal cometido pelo sujeito. Kant nunca negou que a retribuição poderia levar a efeitos de prevenção, mas em sua teoria isso é um mero efeito colateral da punição, afinal pensar em termos utilitários seria punir para além da retribuição do mal e isso reifica o homem e desrespeita a sua dignidade enquanto ser racional⁴⁹⁰.

O retributivismo de Hegel, ao seu turno, tem como premissa que a punição deve ser aplicada para anular a violência cometida contra o direito e restaurar o equilíbrio abalado. Ser punido, nessa ótica, é um direito posto que honra o criminoso como agente racional que admitiu a punição como possível consequência de seus atos no momento de praticá-los. Essa vertente também é conhecida como “retribuição jurídica”, mas ela adota uma perspectiva consequencialista ao considerar que a punição deve ser aplicada com o fim de preservar a credibilidade do direito e elevar o sujeito em termos morais⁴⁹¹.

Outra vertente retributivista referenciada por Giamberardino é a de Herbert Morris, que se fundamenta na teoria da “vantagem injusta” e na reciprocidade. Segundo ela, o sujeito optaria por não exercer seu autocontrole, como as demais pessoas, e praticaria um ato criminoso, violando o seu dever de reciprocidade com seus concidadãos e assim adquirindo (racionalmente) uma vantagem injusta que, em nome do equilíbrio e da harmonia, deve ser anulada pela punição⁴⁹². A teoria, contudo, carece de um balizador adequado em relação à quantidade da pena a ser a estipulada para anular, exatamente, todas as vantagens materiais e subjetivas que o sujeito gozou ao praticar o crime.

Além disso a gravidade do ato em si resta desconsiderada, o que admite, hipoteticamente, que sonegações fiscais sejam punidas mais drasticamente do que homicídios, por exemplo. A remediação dessa incoerência com base no nível de autocontrole traz à tona a mesma inconsistência, afinal quanto mais fácil for a prática de um determinado delito, mais autocontrole deve ter o sujeito, e assim, mais severas devem ser as punições para os delitos que exigem menos autocontrole. Ademais, cada pessoa possui um grau de autocontrole diferenciado, dependendo da sua conformação psíquica, da sua

⁴⁸⁹ GIAMBERARDINO, André Ribeiro. *Crítica da Pena e Justiça Restaurativa...* Op. cit., p. 69-70.

⁴⁹⁰ GIAMBERARDINO, André Ribeiro. *Crítica da Pena e Justiça Restaurativa...* Op. cit., p. 72.

⁴⁹¹ GIAMBERARDINO, André Ribeiro. *Crítica da Pena e Justiça Restaurativa...* Op. cit., p. 72-74.

⁴⁹² GIAMBERARDINO, André Ribeiro. *Crítica da Pena e Justiça Restaurativa...* Op. cit., p. 76.

formação moral, podendo ser considerado também a acessibilidade em relação à possibilidade de praticar o delito. Portanto, em se utilizando o autocontrole como critério de gradação punitiva, seria necessário considerar um sem-número de variáveis⁴⁹³.

Sobre a retribuição fundada no merecimento, segundo Boonin, essa parte do fundamento que o ato de punir é autorizado uma vez que o sujeito ofensor, e apenas ele, merece o sofrimento a ser imposto. Essa linha do retributivismo parte do pressuposto de que o mundo será um lugar intrinsecamente melhor se o ofensor for punido, e que a sociedade tem o direito de forçar essa punição independentemente da vontade dele⁴⁹⁴. O problema da punição, para Boonin, se torna então o problema de entender como pode Estado tratar os ofensores violando a sua dignidade e liberdade enquanto isso não é permitido em relação às pessoas que não cometem crimes?

Assim, para a punição se tornar permissível o sujeito deve perder o seu direito de não ser punido⁴⁹⁵. Como contraste, a crítica material (empírica) ao (neo)retributivismo aponta que as abstrações de merecimento e reciprocidade validam a dignidade humana em abstrato, mas desconsideram a realidade desigual, a seletividade do sistema penal e o fato de que os alvos da punição são geralmente pessoas com maior vulnerabilidade social⁴⁹⁶. Como considerar a punição uma manifestação de respeito à dignidade humana se, materialmente, ela traz privação e segregação? Como reprovar a intenção do sujeito partindo de um modelo de homem racional, devidamente socializado, se, na realidade, muitas das pessoas punidas vivem à margem da sociedade, não se encaixam nessas referências e já vem, desde muito tempo, sofrendo privações e violências por parte do Estado?

Fato é que esses problemas, inerentes ao contexto brasileiro, não são considerados pelo retributivismo, pois se trata de uma filosofia que fundamenta a punição em termos morais e abstratos, sem se preocupar com os efeitos materiais da punição, problema este que a vertente não se propõe a resolver. Giamberardino, contudo, afirmou ser possível criticar as teorias retributivas a partir de seus próprios marcos, sem a necessidade de recorrer ao utilitarismo ou ao materialismo. Por exemplo, o retributivismo não questiona a legitimidade da definição legal do crime, e parte da premissa que a violação de direitos de outrem torna justificável a privação dos direitos do violador, o que é problemático, pois os fundamentos para reconhecer direitos não dependem do respeito ao direito alheio, mas, tão

⁴⁹³ GIAMBERARDINO, André Ribeiro. *Crítica da Pena e Justiça Restaurativa...* Op. cit., p. 78

⁴⁹⁴ BOONIN, D. *The problem of punishment...* Op. cit., p. 101-102.

⁴⁹⁵ BOONIN, D. *The problem of punishment...* Op. cit., p. 105.

⁴⁹⁶ GIAMBERARDINO, André Ribeiro. *Crítica da Pena e Justiça Restaurativa...* Op. cit., p. 80-81.

somente, da condição humana⁴⁹⁷. O retributivismo, todavia, não apregoa que ofensor perde a sua humanidade por delinquir.

Apesar dessas limitações, para Antony Duff, o retributivismo seria a única teoria que fundamenta a punição de modo ético, pois ele não admite a instrumentalização do indivíduo e o trata como um respeitável agente moral. O retributivismo, na visão de Duff, considera que apenas aqueles que cometeram crimes podem ser punidos e que, enquanto um mal indesejável, a punição deve ser aplicada proporcionalmente, na medida em que o ofensor a merece para ser respeitado enquanto sujeito responsável e, ainda, de modo a comunicar a reprovabilidade do ato criminoso⁴⁹⁸.

A questão que o retributivismo não responderia, na visão do autor, seria o motivo pelo qual o criminoso mereceria sofrer e por qual razão a punição corresponderia a uma resposta apropriada ao crime. Ou seja, a questão remete à finalidade de punir, mas Duff afirmou que uma resposta apropriada deveria focar não apenas nos impactos materiais da punição, e sim no seu significado enquanto censura⁴⁹⁹.

Na lógica de Duff, os ofensores mereceriam sofrer a dor e vergonha de serem censurados, no sentido de que o ato criminoso cometido merece a condenação perante uma audiência ampla que inclua esse ofensor, a vítima e a comunidade. Assim, uma perspectiva comunicativa da punição seria útil para delinear uma explicação aceitável para fundamentar a pena, pois atos reprováveis merecem censura e esta deve ser dolorosa a fim de reafirmar a compreensão a gravidade de reprovabilidade⁵⁰⁰.

Se a tarefa de imposição de sofrimento deve ser feita pelo Estado, Duff entendeu que se trata de uma questão de justiça, pois o crime é considerado um ato publicamente reprovável pelo fato de violar valores fundamentais da comunidade. Assim, uma condenação do ato pela autoridade pública é uma forma de levar a vítima a sério e uma maneira de expressar a necessidade de respeito aos valores sociais maculados, porque eles refletem o que a comunidade tem de mais precioso, que é fornecer um norte para a convivência harmoniosa. Na linha retributivista, Duff prosseguiu afirmando que se trata também de um dever de respeito ao próprio ofensor, pois é necessário tomá-lo como um agente moral capaz de ser responsabilizado por seus atos⁵⁰¹.

⁴⁹⁷ GIAMBERARDINO, André Ribeiro. *Crítica da Pena e Justiça Restaurativa...* Op. cit., p. 78.

⁴⁹⁸ DUFF, R. A. **Punishment, retribution and communication**. Em: VON HIRSCH, A.; ASHWORTH, A.; ROBERTS, J. (eds.). **Principled sentencing: readings on theory and policy**. Oxford: Hart Publishing, p. 126-134, 2009, p. 126.

⁴⁹⁹ DUFF, R. A. **Punishment, retribution and communication...** Op. cit., p. 126-127.

⁵⁰⁰ DUFF, R. A. **Punishment, retribution and communication...** Op. cit., p. 127.

⁵⁰¹ DUFF, R. A. **Punishment, retribution and communication...** Op. cit., p. 127.

A censura pode ser comunicada verbalmente ou simbolicamente, de fato, mas a sociedade, apesar disso, opta por comunicá-la através de um “tratamento severo”. Esse tratamento severo é, na vertente expressiva ou comunicativa da pena, um elemento que distingue a punição de uma mera penalidade, segundo Joel Feinberg⁵⁰². Para Duff, a maneira de justificar esse tratamento severo não pode se pautar em argumentos utilitaristas, porque tal justificativa abandona a ambição de tratar as pessoas como agentes morais responsáveis e fins em si mesmas. Recorrer ao utilitarismo, segundo o autor, é como reconhecer tacitamente que aqueles que não são sensibilizados pela censura moral devem ser intimidados, sob o argumento de que os seres humanos são falhos e não podem ser definidos como plenamente morais e nem como bestas movidas somente pelo medo⁵⁰³. Duff, no entanto, assegurou que é possível continuar na linha do retributivismo para justificar o tratamento severo e ele recorre a dois potenciais resultados provenientes desse tratamento para demonstrar o seu ponto.

O tratamento severo pode ser visto como uma forma de qualificar a comunicação da censura, tornando-a mais difícil de ser esquecida ou ignorada, pois a severidade produziria efeitos negativos marcantes. Em um segundo aspecto, a submissão do ofensor a um tratamento severo qualificaria a mensagem de que seu ato foi reprovável e materializaria uma reparação de nível moral dele em relação à vítima e à comunidade. Assim, o ofensor seria persuadido a se arrepender pelo que fez, mas de uma maneira que não despreza a sua autonomia, pois, mesmo que ele não se arrependa, o tratamento severo corresponde objetivamente, para Duff, a um ritual de perdão e reparação moral que não pode ser substituído por meras palavras ou um ato que não custe nada ao ofensor⁵⁰⁴.

Ao desenhar e justificar tal modelo expressivo de punição, pautado no tratamento severo, Duff concluiu que, mesmo com uma justificativa de matriz retributiva, sua proposta também adota uma visão do futuro, com a qual o retributivismo clássico não se preocupa. O autor então afirmou que seu modelo serviria como uma terceira linha de retributivismo, que atende a necessidade de responder ao passado, mas que se atenta ao futuro, pois a comunicação de reprovabilidade precisaria ser compreendida e, para esse fim, ele admitiu certa relativização da proporcionalidade⁵⁰⁵.

Atento aos pressupostos e problemas supracitados, Duff constatou que os teóricos normativos devem partir da premissa de que suas teses e organizações podem falhar a

⁵⁰² FEINBERG, Joel. The expressive function of punishment... Op. cit., p. 400.

⁵⁰³ DUFF, R. A. **Punishment, retribution and communication**... Op. cit., p. 129.

⁵⁰⁴ DUFF, R. A. **Punishment, retribution and communication**... Op. cit., p. 129-131.

⁵⁰⁵ DUFF, R. A. **Punishment, retribution and communication**... Op. cit., p. 131-132.

depende do contexto em que são testadas e de como a lei é aplicada⁵⁰⁶. Tendo isso em consideração o autor ressaltou a importância da humildade em se rejeitar pretensões universalistas deixando claro o local de produção, os pressupostos teóricos e quais variáveis contextuais são considerados na sua teoria.

Feito esse recorte sobre algumas das teorias mais notórias que fundamentam e/ou apontam justificativas para explicar as finalidades da punição no mundo ocidental, que consistiu em revisitar o trabalho de Giamberardino⁵⁰⁷, é possível, considerando o projeto constitucional inclusivo, “pautado na solução pacífica de controvérsias”, no respeito à dignidade e na construção de uma sociedade justa e solidária, pensar em outras maneiras de se exercer o controle social “para além da punição”. A solução encontrada para Giamberardino, embasada nas reflexões de Gargarella, é a construção de um modelo de justiça que se assente na produção comunicativa de censura e que não necessite do componente aflitivo da punição para exercer a reprovação pública do ato criminoso⁵⁰⁸. Trata-se de um modelo mais preocupado em inserir a comunidade, a vítima e o autor da ofensa na construção da resposta ao crime em prol de, republicanamente, restaurar os vínculos sociais afetados, reparar a vítima como possível e reintegrar o autor da ofensa na sociedade. Nas palavras de Giamberardino:

Trata-se de um amplo movimento social global com grande diversidade interna, “novo paradigma de justiça” e não “mais uma técnica de resolução de conflitos ou instrumento de alívio processual, tendo por fundamento a ampliação dos espaços democráticos e a construção de novas modalidades de regulação social⁵⁰⁹.”

Tudo isso vai ao encontro do princípio do uso do direito penal como *ultima ratio* e se aproxima mais da narrativa constitucional de inclusão social. Assim sendo, quando outros meios de comunicar a censura, menos traumáticos, mais inclusivos e mais atentos à necessidade de fortalecer os vínculos sociais se mostrarem disponíveis como caminhos de reagir ao crime, eles devem ser vias preferenciais de abordagem de casos penais, deixando o processo em segundo plano. Com isso é possível criar mais uma barreira à violência estatal, uma que potencializa a cidadania, a empatia e a atenção aos aspectos relacionais (e não meramente jurídicos) dos conflitos.

⁵⁰⁶ DUFF, R. A. Theorizing Criminal Law: a 25th anniversary essay. **Oxford Journal of Legal Studies**: vol. 25, n. 3, p. 353-367, 2005, p. 366.

⁵⁰⁷ GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Crítica da Pena e Justiça Restaurativa...** Op. cit., p. 67-176.

⁵⁰⁸ GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Crítica da Pena e Justiça Restaurativa...** Op. cit., p. 114. GARGARELLA, Roberto. **De la injusticia penal a la justicia social...** Op. cit. p. 37.

⁵⁰⁹ GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Crítica da Pena e Justiça Restaurativa...** Op. cit., p. 154.

Uma possível justificação jurídica para a criação dessa barreira se baseia: **(i)** em um elastecimento da perspectiva majoritária da instrumentalidade constitucional do processo, que leve em conta, além da preservação das garantias do réu, a possibilidade de reforçar o respeito a outros direitos fundamentais e frear a violência inerente ao processo e à pena; **(ii)** na existência da conexão instrumental entre processo e direito penal, de modo que a desnecessidade da aplicação deste torna inócua a formação do primeiro; **(iii)** em uma concepção concreta (casuística) quanto à aplicação do princípio da *ultima ratio* por meio da justa causa como condição da ação penal; e **(iv)** na, consequente concepção da “justa causa”, como uma condição de processabilidade que, para além de considerar indícios de autoria e materialidade deve avaliar, em um segundo momento e em razão das instrumentalidades apontadas, se o respeito aos fundamentos e à finalidade da punição já foram ou podem ser atendidos de outra forma que não pela via processual-punitiva. Com relação ao ponto “iv” e com base em tudo que foi refletido no presente capítulo, cabem esclarecimentos sobre o que se compreende neste trabalho como fundamentos e finalidades da punição.

Para adentrar nesse mérito, vale relembrar as ressalvas de **(i)** Duff, quanto ao retributivismo ser a única vertente fundamentadora da punição que se atenta verdadeiramente a aspectos éticos e morais de respeito ao indivíduo enquanto agente moral autônomo e fim em si mesmo; **(ii)** Giamberardino, de que a vertente expressiva e comunicativa seria única versão da teoria retributiva que poderia ser relida a partir do paradigma da linguagem para possibilitar a substituição da punição pela censura⁵¹⁰; **(iii)** Hart e Boonin, quanto à distinção entre fundamento e finalidade da punição, e de **(iv)** Roxin, de que o fim último do direito e do processo penal é a proteção da harmonia relacional entre seres humanos, concretizada em uma convivência pacífica, a partir de um referencial valorativo e normativo reconhecido como legítimo⁵¹¹.

Considerando esses autores, enquanto **fundamento da punição**, entendo que o princípio retributivo oferece a explicação mais adequada e capaz de impedir que pessoas

⁵¹⁰ GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Crítica da Pena e Justiça Restaurativa...** Op. cit., p. 82.

⁵¹¹ Essa perspectiva de Roxin é acompanhada por vários outros autores, como Afrânio Silva Jardim, para quem que a atividade correccional do Estado Democrático de Direito não é um fim em si mesma, mas objetiva a concretização da paz e da justiça social; Roberto Antônio Darós Malaquias, que define o processo como “uma produção humana para atender a uma função essencial que é a pacificação social dos cidadãos em conflito”; Maria Thereza de Asis Moura, citada por esse, e para quem “o fim último do poder-dever de punir é a paz social”; Norberto Bobbio, segundo o qual desenvolvimento do direito como um todo tem como tendência “consolidar a paz”, etc. Em: JARDIM, Afrânio Silva. **Direito Processual Penal...** Op. cit... p. 1. MALAQUIAS, Roberto Antonio Darós. A função social do processo no estado democrático de direito. 3ª reimpressão. Curitiba: Juruá, 2012, p. 214-126. BOBBIO, Norberto. **Da Estrutura à Função: Novos Estudos de Teoria do Direito**. Barueri (SP): Manole, 2007, p. 59.

sejam punidas arbitrariamente ou reificadas pelo Estado. Concluo então que o fundamento da punição pode ser extraído de um dever de justiça em se censurar de maneira retributiva um sujeito que cometeu um crime sendo capaz de compreender a reprovabilidade de seu ato e que assim agrediu direta ou indiretamente, direitos fundamentais de outro(s) ser(es) humano(s), maculando valores comunitários que viabilizam uma convivência harmônica e pacífica.

Isso posto, entendo que a **finalidade imediata** da punição é comunicar ao ofensor e, conseqüentemente, à vítima e à comunidade, que o comportamento censurado é inaceitável, pois contrário aos valores que garantem o respeito mútuo e a coesão social. Assim, a **finalidade última ou mediata da punição**, que entendo motivo da finalidade imediata seria propiciar uma convivência pacífica entre seres humanos em torno de valores reconhecidos como legítimos pela coletividade e que assegurem a adequação das várias expectativas individuais a um referencial comum⁵¹².

Por esses fundamentos concordo com Gargarella e Giamberardino de que o caráter aflitivo da pena é dispensável para o cumprimento da missão do direito e do processo penal e que o *hard treatment*, apregoado por Duff e Feinberg, também poderia ser atingido por meio de formas restaurativas de censura, dispensando a imposição intencional de dor inerente à pena. Nessa linha, parece ser possível pensar na reparação ou minimização do dano, sofrido pela vítima e pela comunidade afetada pelo crime, como elemento integrante da censura e como um tratamento severo munido de um poder comunicativo maior do que a pena, pois a reparação permite ao autor da ofensa ter um contato maior com os efeitos de seus atos⁵¹³. Assim, enquanto a punição causa dor e exclui o sujeito, afastando-o de confrontar as consequências reais de seus atos, a reparação permite que ele revise o mal causado e tenha que se empenhar para desconstruí-lo até onde as possibilidades permite.

Considerando o conteúdo desse subcapítulo e as reflexões em torno da extensão do entendimento majoritário da justa causa, tenho que o respeito a via restaurativa pode provocar a censura respeitando os fundamentos e finalidades da punição, mas sem implicar na imposição intencional de aflição ao ofensor. Assim, a construção de uma resposta restaurativa ao conflito, que resulte **(i)** na aplicação da censura pela via dialógica; **(ii)** na reparação/minimização dos danos do crime, **(iii)** na harmonização da conduta do autor da

⁵¹² SILVA, Mário Edson Passerino Fischer da; BONAVIDES, Samia Saad Gallotti. As práticas restaurativas como uma alternativa à persecução penal... Op. cit., p. 94.

⁵¹³ Sobre a restituição como alternativa à punição ver: BARNETT, Randy. **Restitution: a new paradigm of criminal justice**. Em: JOHNSTONE, Gerry (ed.). **A Restorative Justice Reader**. Cullompton: Willan Publishing, p. 46- 56, 2003.

ofensa e dos relacionamentos afetados pelo crime com os valores previstos no acordo restaurativo e com os limites expressados no ordenamento jurídico; tornaria a punição desnecessária e implicaria na falta de justa causa para o exercício da persecução penal.

Essa mesma racionalidade de contenção do poder punitivo pela via reparadora tem sido usada pelo legislador ao positivar institutos como a transação penal e o ANPP. Apesar disso, esses institutos carecem da preocupação comunicativa e relacional que as práticas restaurativas assimilam. Dessa forma, compreendo que as práticas podem cumprir de maneira mais profunda e qualificada a função de censurar o ofensor, operando de modo a potencializar a viabilização democrática da censura, da reparação e da reintegração social do autor da ofensa.

Os critérios objetivos que a serem analisados nos casos concretos para a verificação da desnecessidade da punição em razão da concretização da JR, serão propostos no Capítulo IV, após o aprofundamento conceitual sobre a JR, seus fundamentos e algumas de suas práticas.

CAPÍTULO III - JUSTIÇA E PRÁTICAS RESTAURATIVAS

3.1 Entre o aceite e o aceitável: reflexões sobre pressupostos de um paradigma restaurativo e os modelos ideais para a sua institucionalização

Segundo Paul McCold, a desilusão com o punitivismo e com os paradigmas de reabilitação para o controle da criminalidade propiciou um clima político para a apresentação da JR como uma via alternativa de compreender e responder ao crime⁵¹⁴. O impreciso vocabulário associado à JR, contudo, criou tanta confusão em relação aos seus aspectos fundamentais que o termo passou a ser usado para designar diversas práticas e propostas, as vezes até contraditórias entre si. Esse problema foi verificado por vários autores e resultou em embates pela definição das fronteiras conceituais da JR e em “soluções” tanto conciliadoras, buscam encontrar certa coerência nessa diversidade, quanto evasivas, que aceitam a indefinição e reconhecem seu caráter salutar sob um argumento de que se faz necessário maior aprofundamento teórico em relação ao desenvolvimento prático da JR pelas instituições. Essa última postura é justificada, principalmente, pelo fato de que a prática da JR geralmente está muitos passos à frente da teoria.

Ao elaborar uma pesquisa sobre a história do conceito “Justiça Restaurativa”, Christian B. N. Gade constatou que muitos autores creditam o conceito criação a Albert Eglash, que o usou no artigo *Beyond Restitution: Creative Restitution*, em 1977. Com o termo JR, Eglash designou um modelo de justiça criminal pautado na reparação do mal cometido em benefício à vítima ou da família desta, essa reparação, ao seu turno, seria promovida pelo próprio autor do crime⁵¹⁵. Em 1958, Eglash já havia publicado o trabalho *Creative Restitution: a broader meaning for an old term*, indicando que sua compreensão de restituição, para além de uma indenização, envolve a prática de atos criativamente orientados a um sentido reparador e cujo resultado pode provir de uma conclusão grupal⁵¹⁶.

O problema que Eglash se propôs a superar com a proposta da “restituição criativa” e da JR foi a carência de contribuições construtivas, de nível material ou psicológico, quando da aplicação da punição em casos penais. O autor então concluiu que a restituição

⁵¹⁴ MCCOLD, Paul. Toward a Mid-Range Theory of Restorative Criminal Justice: A Reply to the Maximalist Model. Paper apresentado em: **Third International Conference on Restorative Justice for Juveniles**. Leuven (Bélgica): Outubro 24-27, 1999, p. 1.

⁵¹⁵ GADE, Christian B. N. “Restorative Justice”: History of the term’s international and Danish use. **Nordic Mediation Research**, p. 27-40, 2018, p. 28

⁵¹⁶ EGLASH, Albert. Creative Restitution: a Broader Meaning for an Old Term. **Journal of Criminal Law and Criminology**, v. 48, n. 6, mar., p. 619-622, 1958, p. 619.

seria mais adequada para reprovar a conduta criminosa, e produzir algum benefício pedagógico, pois ela demandaria que o autor da ofensa oferecesse algo de si de um esforço reparador que resgataria a sua dignidade enquanto agente apto a produzir qualidade de vida. A restituição também resgataria a importância da vítima na equação da reprovação do crime, e a restituição criativa parte da premissa que o ofensor tem o dever moral de deixar a situação ainda melhor do que quando a ofensa foi praticada⁵¹⁷.

Gade, todavia, apontou que o termo “justiça restaurativa” é ainda mais antigo, e para comprovar isso ele transcreveu trechos de escritos cristãos que remontam desde o século XIX, como em um periódico irlandês de 1834 (*The Christian Examiner and Church of Ireland Magazine*), em que os estudiosos clericais fazem alusão a atos de JR⁵¹⁸. O autor afirmou que, mesmo sem uma precisa definição, a JR era referenciada no contexto cristão, e pelo que se observa do sentido das frases, o termo remetia ao restabelecimento de algo que havia sido maculado.

O conceito, embora previamente abordado por Howard Zehr no artigo *Retributive Justice, Restorative Justice*⁵¹⁹ (1985), que teria reconhecidamente se espelhado nas ideias de Eglash⁵²⁰, tornou-se mundialmente notório com a obra “Trocando as Lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça”, de 1990. Tal livro foi o mais influente trabalho de sistematização teórica sobre JR e ele se baseou **(i)** na apresentação da crise de racionalidade da justiça criminal convencional; **(ii)** na concepção de crime como uma violência a pessoas e relacionamentos (que gera obrigações de reparação); **(iii)** na necessidade- de se prestar a atenção às vítimas, suas famílias e comunidades afetadas pelo crime; e **(iv)** na diretriz que a construção da resposta ao crime deveria priorizar o diálogo entre ofensor, vítima e membros da comunidade como meio para produção da reparação de danos e do tecido social lesado.

Antes do famoso livro de Zehr, em 1989, premissas associadas à JR haviam sido adotadas na obra “Vergonha Reintegradora”, de John Braithwaite, cujas ideias também se difundiram pelos países anglo-saxões e pela Europa. Sua proposta baseava-se na utilização de técnicas dialógicas que reuniam autores de ofensas com as vítimas de seus crimes, seus familiares, e membros da comunidade, de modo que o contato com a reprovação alheia e a percepção dos efeitos negativos da sua conduta, provocariam sentimentos de vergonha e

⁵¹⁷ EGLASH, Albert. Creative Restitution: a Broader Meaning for an Old Term...Op. cit., p. 620.

⁵¹⁸ GADE, Christian B. N. “Restorative Justice”... Op. cit., p. 29.

⁵¹⁹ ZEHR, Howard. *Retributive Justice, Restorative Justice*. Em: **New Perspectives on Crime and Justice: occasional papers of the MCC Canada Victim Offender Ministries Program and MCC U.S. Office of Criminal Justice**, n. 4, setembro de 1985, (sem página).

⁵²⁰ GADE, Christian B. N. “Restorative Justice”... Op. cit., p. 30.

arrependimento. A partir da compreensão da reprovabilidade de seus atos e da retratação deles e da possibilidade de contar sua história à comunidade e à vítima, o ofensor teria sua humanidade reconhecida por todos e poderia ser reintegrado na comunidade sem sofrer estigmatizações e consequentes segregações dessas. Pelo seu apelo ao aspecto dialógico de reação ao crime e a atos infracionais, as ideias de Braithwaite arramaram o solo para difusão da JR.

McCold, como Zehr, reconheceu a natureza da JR enquanto um paradigma de justiça, e ressaltou a importância dela compartilhar parâmetros e um vocabulário próprio sob pena de inviabilizar seu desenvolvimento e estudo. Sem a consolidação de caminhos para a construção de entendimentos comuns, a JR, em termos científicos, carecerá de coerência e correrá o risco de se esvaziar conceitualmente, perdendo legitimidade na medida em que possibilita o abarcamento de propostas e práticas contraditórias que não oferecem critérios precisos para avaliar seus impactos⁵²¹. Portanto, apesar de referências notórias no campo de estudos da JR, não se pode falar de uma “teoria restaurativa” unificada, nem no estrangeiro e tampouco no Brasil, afinal a JR ainda significa várias coisas para pessoas diferentes e, como suas premissas são intuitivamente atraentes, a JR vai trafegando por cada vez mais campos⁵²².

Comparações e discussões, para serem construtivas, devem se assentar em premissas minimamente sólidas sobre as quais será possível realizar testes e falseamentos, como ponderou McCold. Assim, para a JR adquirir o patamar de paradigma ela depende de pressupostos embasados em teorias estruturais, os quais possibilitem a criação de uma racionalidade coerente, que unifica conceitos e posições derivadas de postulados⁵²³.

Partindo dessas premissas, este subcapítulo será dedicado a explorar o debate conceitual em torno da JR, seus objetivos, seus princípios reitores e as características dos modelos de justiça que ela pode consolidar. Ao final, com base nessas reflexões, nas normativas que propõem diretrizes de implementação da JR e nas delimitações que identifiquei no ordenamento pátrio, apresentarei o que considero serem recortes e cuidados importantes para uma JR disposta a resistir à cooptação pelo sistema penal brasileiro.

Entendo que compreender os movimentos institucionais, acadêmicos e sociais de apelo à institucionalização da JR é um caminho relevante para se pensar e repensar o

⁵²¹ MCCOLD, Paul. Toward a Mid-Range Theory of Restorative Criminal Justice... Op. cit, p. 2.

⁵²² ROSENBLATT, Fernanda Fonseca. **Em busca das respostas perdidas:** uma perspectiva crítica sobre a justiça restaurativa. João Pessoa: artigo apresentado no XIII Congresso Nacional do CONPEDI, 2014, p. 3-4, 8.

⁵²³ MCCOLD, Paul. Toward a Mid-Range Theory of Restorative Criminal Justice... Op. cit, p. 3.

quanto ela flerta com designíos punitivistas e como esse termo vem sendo significado no meio em que circula. Nesse sentido, Lode Walgrave identificou que as raízes da institucionalização das práticas restaurativas, nos sistemas de justiça estrangeiros, teriam sido nutridas por movimentos relacionados aos direitos das vítimas, linhas teóricas comunitaristas e por diversas vertentes da criminologia crítica⁵²⁴. Van Ness e Strong indicaram que as políticas pela informalização da justiça, pelo uso da restituição como sanção e os movimentos voltados à reconciliação e a justiça social também exerceriam influência sobre as diretrizes de programas restaurativos⁵²⁵.

Além disso, em termos de sustentação discursiva, há iniciativas restaurativas estrangeiras que se sustentam pela pauta do resgate de tradições dos povos nativos, como as primeiras nações canadenses, os maoris neozelandeses, os conselhos tribais africanos, as práticas afegãs da “*jirga*”, a prática árabe ou palestina do *sulha*, etc⁵²⁶. Adicionalmente, relembra-se que alguns dos valores da JR estão enraizados em princípios da cultura judaico-cristã em relação ao entendimento do crime como uma violação contra pessoas e famílias, o que explica a recorrente utilização de suas práticas tanto em instituições religiosas estrangeiras como nacionais (pastorais carcerárias, etc.)

O marco temporal da institucionalização contemporânea das práticas restaurativas é indicado como meados dos anos 70 e associado a implementação de programas isolados nos Estados Unidos, Canadá e Europa que, à época, não se intitulavam restaurativos⁵²⁷. Para ser mais preciso, o marco zero dos projetos de JR é associado ao ano de 1974, com um programa de reconciliação entre vítimas e ofensores criado na cidade de Kitchener, no Canadá. De 1970 até 1980, um vasto número de iniciativas experimentais foram difundidas na América do Norte, com base na experiência de Kitchener, tendo a primeira “VORP” (*Victim Reconciliation Program*) dos EUA sido instalada em Elkhart, Indiana, em 1978⁵²⁸.

Os movimentos ganharam força na mesma medida da pulverização geográfica dos programas, mas essa rápida difusão tornou as iniciativas cada vez mais suscetíveis de cooptação pelos mesmos sistemas penais contra os quais elas se insurgiam⁵²⁹. Entre os anos 80 e 90 essas experiências isoladas foram sistematizadas a partir de formulações teóricas e

⁵²⁴ WALGRAVE, Lode. Investigating the Potentials of Restorative Justice Practice. **Washington University Journal of Laws & Policy**. Washington: v. 36 Restorative Justice, n. 91, p. 91-139, 2011, p. 94.

⁵²⁵ SUZUKI, Mashiro; HAYES, Hennessey. Current Debates over Restorative Justice... Op. cit., p. 5.

⁵²⁶ UMBREIT, Mark S.; VOSS, Betty; COATES, Robert B.; LIGHTFOOT, Elizabeth Lightfoot. Restorative Justice in the Twenty-First Century... Op. cit., p. 255.

⁵²⁷ WALGRAVE, Lode. Investigating the Potentials of Restorative Justice Practice...Op. cit., p. 94.

⁵²⁸ WALGRAVE, Lode. Investigating the Potentials of Restorative Justice Practice...Op. cit., p. 259.

⁵²⁹ UMBREIT, Mark S.; VOSS, Betty; COATES, Robert B.; LIGHTFOOT, Elizabeth Lightfoot. Restorative Justice in the Twenty-First Century...Op. cit., p. 260-261.

reflexões étnicas embasadas em pesquisas empíricas, popularizando o termo “justiça restaurativa”, cuja prática é muito mais velha do que a justiça estatal.

Dentre as principais causas de sua difusão da JR nesses períodos, pode-se citar: **(i)** a insatisfação das vítimas e seus familiares com o tratamento recebido pelo sistema de justiça penal, que não prioriza a reparação de seus danos e não oferece espaços relevantes para expressão ou mesmo consulta; **(ii)** a falência da legitimidade do sistema penal em promover uma efetiva responsabilização dos autores de ofensas criminais; **(iii)** a necessidade de resgatar a legitimidade do sistema de justiça perante os cidadãos.

Como primeiro pressuposto teórico associado à JR, Umbreit, Voss, Coates e Lightfoot defendem que essa visão concebe o crime como um ato primariamente atentatório contra indivíduos e relacionamentos e, em segundo lugar, contra o ordenamento jurídico. Essa premissa respaldaria a ideia de que as pessoas afetadas pelo crime têm o direito de se envolver ativamente na construção da resposta a ele (se assim desejarem). Havendo concordância com a participação na prática dialógica, assume-se que os autores da ofensa penal serão devidamente responsabilizados ao tomarem consciência da dimensão danosa do crime e ao assumirem compromissos para atestar a compreensão da reprovabilidade de seus atos, a partir da qual exercerão seu dever moral de reparar o mal causado⁵³⁰. Nesse contexto, permite-se que as vítimas se movam para além da condição passiva em que foram submetidas durante o crime, rumo ao empoderamento e desconstrução da influência dessa experiência negativa.

Para Zehr e Gohar, a maior preocupação da JR é o dano sofrido pelas vítimas e pelos laços comunitários no contexto em que o crime foi praticado⁵³¹. Como alicerce básico da JR os autores então apontam a significação do crime como uma conduta que lesa pessoas e relacionamentos, gerando ao ofensor a obrigação de assumir uma postura ativa de retratação e de reparação e permitindo que a vítima e membros da comunidade integrem o processo decisório quanto à definição das obrigações reparadoras. Nessa perspectiva, em “Trocando as Lentes”, Zehr apresentou a JR como um paradigma de justiça que atenta para as necessidades psicológicas e materiais dos seres humanos que vivenciaram uma experiência de crime. Esses sujeitos então teriam a oportunidade de transformar essa vivência negativa em algo construtivo por meio de práticas dialógicas focadas na restauração da qualidade dos vínculos afetados, no empoderamento da vítima para

⁵³⁰ UMBREIT, Mark S.; VOSS, Betty; COATES, Robert B.; LIGHTFOOT, Elizabeth Lightfoot. *Restorative Justice in the Twenty-First Century...* Op. cit., p. 255.

⁵³¹ ZEHR, Howard; GOHAR, Ali. *The Little Book of Restorative Justice...* Op. cit., p. 21.

recuperar a dignidade lesada e no respeito ao ofensor como algum responsável por reconhecer a reprovabilidade de seus atos e buscar repará-los⁵³².

Dessa leitura Zehr extrai seus três postulados sobre a JR: **(i)** o crime é uma violação de pessoas e de relacionamentos; **(ii)** esta violação gera obrigações, **(iii)** a obrigação central na gestão de um caso penal é o acertamento dialógico de contas do autor da ofensa com a vítima, seus familiares e a comunidade afetada. Com base nesses postulados, Zehr e Gohar, apontam o que consideram ser os três objetos da JR: **(i)** os danos e necessidades gerados pelo crime, **(ii)** as obrigações provenientes desses, e **(iii)** o comprometimento para satisfazer estas necessidades por meio do cumprimento das obrigações. Essas conclusões possuem implicações operacionais, pois o enfoque dos programas passa a ser delimitado também por três fatores **(i)** identificação de quem foi violentado pela conduta criminosa, **(ii)** quais necessidades que devem ser atendidas para minimizar essa lesão, e **(iii)** quais obrigações devem ser satisfeitas para atender a essas necessidades⁵³³.

Umbreit e Armour acompanharam esse entendimento defendendo que os ideais da JR buscam elevar o papel das vítimas e da comunidade afetada na construção de uma resposta ao caso penal. O caráter restaurativo das práticas dependeria então do acerto de contas entre os envolvidos no conflito por meio da responsabilização dialógica do autor da ofensa. Almeja-se assim a restauração das perdas materiais e do mal-estar emocional por meio do diálogo, da vivência da alteridade, da negociação, da resignificação da experiência traumática e da superação dos papéis de vítima e ofensor para fortalecer um senso comunitário resgate a sensação de segurança e ajude a curar os efeitos negativos do conflito⁵³⁴.

Essas ponderações que clarificar conceitualmente a JR é um esforço que passa pelo reconhecimento dos contrastes desta com a racionalidade jurídica do sistema criminal de justiça. Atentos a isso, Suzuki e Hayes observaram que nesse sistema o crime é visto como um comportamento ilícito, mas o intento da punição nem sempre está claro para os ofensores, ante a falta da comunicação da reprovabilidade moral dos atos durante o processo judicial⁵³⁵. Tal constatação dialoga com a questão da codificação jurídica do

⁵³² ZEHR, Howard. **Trocando as Lentes...** Op. cit., p. 89-90.

⁵³³ ZEHR, Howard. **Trocando as Lentes...** Op. cit., p. 89-90. ZEHR, Howard; GOHAR, Ali. **The Little Book of Restorative Justice...** Op. cit., p. 20.

⁵³⁴ ARMOUR, Marilyn P.; UMBREIT, Mark S. **The Paradox of Forgiveness in Restorative Justice**. Em: *Handbook of Forgiveness*. Minneapolis: University of Minnesota, Center for Restorative Justice & Pacemaking, p. 1-14, 2004, p. 1.

⁵³⁵ SUZUKI, Mashiro; HAYES, Hennessey. *Current Debates over Restorative Justice...* Op. cit., p. 4.

conflito humano na forma de caso penal, o que culmina na adoção de uma linguagem muitas vezes inacessível ao não-jurista.

Com a dublagem jurídica de todos os envolvidos no caso penal pelos operadores do direito e com a abstração normativa do conflito, o acesso do suposto autor da ofensa às consequências de seus atos e a sua reprovabilidade são sublimados por debates jurídicos que ele pouco ou nada entende. Além disso, a natureza adversarial do processo encoraja a negações e a neutralização da responsabilidade, porque o papel concedido aos ofensores na dinâmica processual é resistir à culpabilização, em vez de compreender os impactos de seus atos.

Nesse sentido, Beverly B. Title, em sua obra *Teaching Peace*, afirmou que um trabalho restaurativo capaz de promover a superação das lesões relacionais causadas pela experiência do crime, pauta-se em cinco “r’s”: (i) relacionamento, (ii) respeito, (iii) responsabilidade (iv) reparação, e (v) reintegração⁵³⁶. Relacionamentos, porque são a matéria prima das abordagens restaurativas, sendo o crime entendido como um relacionamento destrutivo e violento que merece ser transformado. Trabalhar relacionamentos é a essência da proposta restaurativa, pois são eles que ela visa a restaurar (a relação consigo e com o outro). O respeito pode ser lido a partir da compreensão do outro enquanto um sujeito dotado de dignidade, direitos, histórias, sentimentos e necessidades que precisam ser levadas a sério. Responsabilidade se relaciona com os deveres compartilhados por todos os envolvidos no conflito, a fim de que as causas e consequências negativas dele possam ser superadas.

A responsabilidade primeira é a autor da ofensa, que deve responder por sua conduta, assumindo voluntariamente seu dever moral de se retratar e reparar o que fez durante um processo dialógico de censura⁵³⁷. A reparação do mal causado pelo crime, é um requisito para a transformação dessa experiência e encarada como um direito da vítima, que sai da posição passiva para a posição de credora. E a reintegração, se relaciona com o reestabelecimento dos vínculos do infrator com a sociedade afetada pelo delito e o apoio que tanto esse como a vítima devem receber da sociedade e das instituições para se superar os efeitos negativos do crimes e evitar que essa situação se repita. Sobre esse último aspecto, Ilana Martins Luz reforçou que as práticas restaurativas têm como objetivo

⁵³⁶ TITLE, Beverly B. **Teaching Peace**: a restorative justice framework for strengthening relationships. Queanbeyan: Homestead Press, 2011.

⁵³⁷ LUZ, Ilana Martins. **Justiça Restaurativa e Mediação Vítima-Ofensor no sistema Criminal**. Em: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Justiça Multiportas**: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos. Salvador. Juspodivm, p. 623-647, 2017, p. 624.

também a atenuação dos efeitos negativos do crime em relação ao seu praticante, mitigando-se a sua estigmatização, ao passo que se permite a ele a chance de compartilhar sua história e enaltecer sua dimensão humana⁵³⁸.

Dando enfoque no contraste entre JR e a justiça criminal, Zehr inicialmente apresentou suas construções teóricas baseando-se na dicotomia entre o que ele definiu como “paradigma restaurativo” e “paradigma retributivo”, que nortearia a atuação do sistema penal contemporâneo a partir da ideia da punição respaldada pela lei (justo merecimento). Posteriormente, o autor considerou que tanto a retribuição punitiva como a restituição (compensação pelo dano) remetem à restauração de um equilíbrio (proporcionalidade). A segunda, contudo, seria uma maneira mais concreta de promover a equidade e revelaria a dimensão material das obrigações relacionais para além dos deveres de abstenção e autocontrole⁵³⁹. Em seguida, partindo da noção de ofensores como devedores, Zehr reconheceu que as práticas restaurativas podem adotar elementos retributivos para atingirem seus objetivos, pautando-se em certa persuasão moral para incentivar que o ofensor reconheça seu dever de pagar débito. Assim, o autor constatou que o mais adequado seria adotar uma classificação gradual entre práticas “totalmente restaurativas” e práticas menos ou não-restaurativas, que de algum modo não observam ou se afastam dos pressupostos tratados anteriormente⁵⁴⁰.

As reflexões de Giamberardino e Gargarella, referenciadas no item 2.5 do Capítulo II, também evidenciam que o retributivismo, em sua vertente comunicativa e lido sob uma ótica republicana, pode inclusive fundamentar a prática da censura de cunho restaurativo. Ademais, é a visão estereotipada da versão kantiana do retributivismo que rendeu a sua rejeição pelos estudiosos da JR. A proposta retributiva paute-se na aplicação de respostas proporcionais ao ato delituoso e na reprovação dele com base em um dever de justiça fruto da ideia de que o respeito à dignidade e racionalidade dos seres humanos depende do seu reconhecimento enquanto fins em si mesmos e fruto também do respeito à lei (expressão dos valores coletivos) como um imperativo categórico⁵⁴¹. Considerando que nenhum desses pressupostos contrasta com os princípios restaurativos já apontados e, amparando-se nas ideias de Antony Duff, Giamberardino expressou que o objetivo da restauração pode ser

⁵³⁸ LUZ, Ilana Martins. **Justiça Restaurativa e Mediação Vítima-Ofensor no sistema Criminal...** Op. cit., p. 624.

⁵³⁹ ZEHR, Howard. **Trocando as Lentes...** Op. cit., p. 259-261.

⁵⁴⁰ SUZUKI, Mashiho; HAYES, Hennessey. **Current Debates over Restorative Justice...** Op. cit., p. 5.

⁵⁴¹ GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Crítica da Pena e Justiça Restaurativa...** Op. cit., p. 69, 74.

alcançado sem evitar a retribuição, na linha de uma *accountability* restaurativa⁵⁴². Assim, mesmo sendo fundamental separar, também teoricamente, o que é JR e o justiça criminal, a retribuição e a restauração não parecem ser contrapostas em termos filosóficos, essa cisão conceitual usada por muitos autores desconsidera pontos importantes da teoria da justiça retributiva.

Para além da ideia de retribuição e restauração, o diálogo entre JR e sistema judicial criminal gera uma série de dúvidas quanto à contextualização, delimitação e visualização prática de conceitos como “restauração”, “empoderamento”, “comunidade”, “responsabilização”, e “reintegração”. Esse resgate da perspectiva de justiça comunitária e de elementos cuja semântica remete à integração e esperança, em realidades assoladas pela violência urbana e pela centralização de poder, favorece certo ceticismo quanto à JR.

Declan Roche ressaltou que o idealismo restaurativo desconsideraria uma gama de sentimentos e angústias atávicas ao ser humano, e que o idealismo reformista e fraterno da JR arriscaria, ao instigar o fortalecimento de vínculos ou a revisitação de traumas que as pessoas, por vezes, simplesmente querem esquecer, violentar a real vontade e a subjetividade das pessoas⁵⁴³. É risco de ideais como a empatia e harmonia ofuscarem as verdadeiras vontades e histórias das pessoas em prol da concretização de uma comunidade ou de uma reparação que talvez nunca venham a existir. Esse receio, todavia, parece advir mais da falta de clareza em relação à organização operacional desses elementos do que propriamente a ingenuidade da proposta. Sobre isso, Suzuki e Hayes apontam que, em prol de se tornar mais palatável aos operadores do direito, que ainda dominam o campo da gestão institucional do conflito, a JR, enquanto linha contra-punitivista e que aposta na racionalidade e na integração, precisa, sem perder a identidade, recorrer a termos menos ambíguos e esclarecer, objetivamente, no que consistem os seus objetos⁵⁴⁴.

Para complicar ainda mais, no campo epistemológico interno da JR, ela é disputada por duas vertentes que almejam definir seus objetos e objetivos enquanto paradigma. Tratam-se do “maximalismo” e do “purismo” ou minimalismo, como este é pejorativamente designado pela primeira vertente.

Os maximalistas apontam que o traço distintivo essencial da JR é o fato de um procedimento restaurativo resultar na reparação dos danos sofridos pela vítima por meio dos esforços do autor do delito. Nessa vertente, as características procedimentais das

⁵⁴² GIAMBERARDINO, André Ribeiro. *Crítica da Pena e Justiça Restaurativa...* Op. cit., p. 118.

⁵⁴³ ROCHE, Declan. *Accountability in Restorative Justice*. New York: Oxford University Press, 2003, p. 3.

⁵⁴⁴ SUZUKI, Mashiro; HAYES, Hennessey. *Current Debates over Restorative Justice...* Op. cit., p. 5.

abordagens restaurativas como: interações dialógicas mediadas, participação de membros da comunidade afetada, construção da resposta ao delito pelo consenso, atuação imparcial e não intervencionista dos facilitadores e compartilhamento de histórias e visões de mundo, são fatores relevantes para mensurar o grau restaurativo de um programa, mas secundários em relação ao resultado reparador, determinante para definir uma prática como restaurativa. Por esse referencial pautado no resultado, os maximalistas admitem que a JR seja assimilada pelo sistema de justiça convencional com a finalidade de que essa lógica reparadora possa ser implantada no maior número de casos possíveis.

A linha purista, no entanto, é orientada pela qualidade e características do ritual restaurativo, sendo a conclusão do procedimento colocada em segundo plano. O purismo adota uma visão procedimental pautada no diálogo voluntário entre vítima e autor da ofensa, de modo a viabilizar a ambos uma compreensão das causas e consequências do delito e dos valores e histórias de cada ator envolvido ou afetado pelo caso penal. Nessa vertente, a expressão dos sentimentos e necessidades desses atores é fundamental, havendo um enfoque prioritário na oportunização de espaços de fala e na preservação do bem-estar físico e psicológico da vítima. Trata-se de procedimentos dialógicos pautados na viabilização de experiências de alteridade e na construção de respostas, balizadas pela lei, que possibilitem a comunicação da reprovabilidade do ato delituoso e a reparação dos danos causados. O resultado do procedimento, contudo, não é o fator qualificante para a definição restaurativa da prática ou programa. Com esse enfoque de preservação da pureza procedimental, a linha purista apregoa que a JR não precisa e não deve se vincular ao sistema de justiça, pois esse movimento arriscaria a mitigação da essência dialógica de suas práticas, seja pela cooptação da racionalidade punitiva seja em razão dos limites impostos pelo ordenamento jurídico. O purismo tem como aposta a possibilidade da JR influenciar o sistema de justiça de fora para dentro, consolidando um modelo restaurativo gradativamente a partir da preservação de um referencial puro de JR.

A definição mais citada de JR, que foi abraçada pelo movimento purista, é a de Tony Marshall, que a conceitua como um processo pelo qual todas as partes com uma participação em uma ofensa reúnem-se (voluntariamente) para resolver coletivamente sobre como lidar com as consequências da ofensa e suas implicações para o futuro⁵⁴⁵. Essa definição é orientada pelas características do procedimento, e não do resultado. Paul McCold e Ted Wachtel acataram essa definição, pois entendem que as práticas

⁵⁴⁵ SUZUKI, Mashiro; HAYES, Hennessey. *Current Debates over Restorative Justice...* Op. Cit., p. 6.

restaurativas caracterizam-se pela esquematização conjunta, por meio de diálogo mediado, de soluções adequadas a sanar antagonismos entre pessoas e a reparar danos advindos de conflitos ou ofensas cometidas⁵⁴⁶.

Foi partindo dos elementos da definição de Marshall que McCold encontrou os elementos para propor um modelo purista, puro pois favoreceria um diálogo e uma intenção de responder ao crime considerando a dimensão relacional e humana que este afeta⁵⁴⁷. Ademais, o purismo vincula-se à voluntariedade, a procedimentos dialógicos, a concepção de crime como uma ofensa a pessoas e relacionamentos e busca eliminar ou mitigar a presença de elementos de obediência e afluência relativos às linhas punitivistas ou de reabilitação. Para o autor, quanto mais conservador em sua “pureza”, menos receptivo o modelo restaurativo será a maleabilidade conceitual e à instrumentalização pelo sistema criminal.

Os maximalistas, no entanto, criticam a concepção de Marshall por entenderem: **(i)** que seu enfoque procedimental desconsidera a importância da reparação como essência restaurativa de respeito à vítima e **(ii)** pela limitação que o purismo impõe ao campo de incidência das práticas restaurativas, arriscando a sua marginalização como processos voluntários que, por admitirem ficar à margem do sistema penal ou servirem de alternativas voluntárias a ele, em prol de preservar sua pureza, não permitiriam a superação desse sistema⁵⁴⁸. Os maximalistas propõem um elastecimento da aplicação e definição da JR, para ampliar o campo de aplicação das práticas restaurativas para além de programas voluntários que não necessariamente têm interlocução com o sistema de justiça. Em razão do risco dessa minimização da amplitude dos programas restaurativos no sistema de justiça, os maximalistas taxam o purismo de “modelo minimalista”.

Lode Walgrave, defensor do maximalismo, define a JR como toda a ação primeiramente orientada à realização da justiça pela via da reparação do dano e sofrimento causado pelo crime, sobre a vítima e seu ambiente relacional⁵⁴⁹. Trata-se de uma conceituação baseada na intenção de reparar e não no procedimento ou abordagem

⁵⁴⁶ CUNNEEN, Chris; HOYLE, Carolyn. **Debating Restorative Justice**. Oxford: Hart Publishing, Portland Oregon, EUA, 2010, p. 1-2.

⁵⁴⁷ MCCOLD, Paul. Toward a Mid-Range Theory of Restorative Criminal Justice., Op. cit., p. 2.

⁵⁴⁸ MCCOLD, Paul. Toward a Mid-Range Theory of Restorative Criminal Justice., Op. cit., p. 2.

⁵⁴⁹ WALGRAVE, Lode. **Imposing Restoration Instead of Inflicting Pain: Reflections on the Judicial Reaction to Crime**. Em: VON HIRSCH, Andrew; ROBERTS, Julian V.; BOTTOMS, Anthony; ROACH, Kent SCHIFF, Mara. **Restorative Justice and Criminal Justice: competing or reconcilable paradigms?** Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, p. 61- 78, 2003, p. 61.

restaurativa⁵⁵⁰. McCold, ao seu turno, defende que a essência da JR não é o fim da prática, mas os meios que orientam a formulação dialógica e coletiva da resposta ao crime.

Mesmo concordando que a tentativa de trazer vítimas e ofensores para o diálogo em um encontro que mira à resolução consensual dos prejuízos e danos causados pelo crime, Walgrave entende que a JR não pode ser reduzida ao seu aspecto procedimental. Seus principais argumentos são: **(i)** porque o procedimento não pode ser avaliado sem se referir ao seu propósito e **(ii)** porque restringir a JR a deliberações voluntárias, limitaria o seu potencial para minimizar o dano e sofrimento da vítima nos casos em que o ofensor não aderisse⁵⁵¹.

Walgrave ponderou que o procedimento deliberativo na JR é valorizado por facilitar o entendimento mútuo e a expressão de remorso, compaixão e perdão, o que pode levar à construção de acordos restaurativos e sentimentos de respeito, paz e satisfação. Tais elementos seriam os resultados que, segundo o autor, deveriam nortear as práticas restaurativas, motivo pelo ele defende que uma definição de JR deve referenciá-los. Portanto, Walgrave afirmou que um procedimento que não mira a contribuir com a reparação do dano causado pelo crime não pode ser considerado restaurativo⁵⁵², e por isso a intenção de se atingir um resultado reparativo seria o traço essencial distintivo da JR.

Assim, no maximalismo, a reparação é vista como um objetivo e o procedimento voluntário como uma ferramenta dentre as várias que a viabilizam. Dessa maneira, se os acordos voluntários não puderem ser atingidos, admite-se o decreto de medidas coercitivas para propiciar uma reparação, ainda que parcial, à vítima, sem se descartar multas em benefício de fundos de apoio ou mesmo o serviço comunitário. Nessa perspectiva, a imposição de sanções qualificadas como reparativas (que aplacam os danos do crime), em vez de sanções penais, como a privação da liberdade, é vista como mais adequada ainda que não propicie a restauração de relacionamentos⁵⁵³.

Na lógica maximalista, portanto, a coerção e restauração não são incompatíveis, e isso favoreceria a inserção da JR no sistema penal, apostando-se que ela possa corroer a lógica punitiva de maneira gradativa, ao demonstrar aos benefícios sociais da reparação em comparação com a pena⁵⁵⁴. Walgrave ainda ponderou que tanto a pena quanto as práticas restaurativas buscam comunicar desaprovação, mas de formas e com fins diversos. Em uma

⁵⁵⁰ SUZUKI, Mashiro; HAYES, Hennessey. Current Debates over Restorative Justice... Op. cit., p. 6.

⁵⁵¹ WALGRAVE, Lode. Investigating the Potentials of Restorative Justice Practice... Op. cit., p. 95.

⁵⁵² WALGRAVE, Lode. Investigating the Potentials of Restorative Justice Practice... Op. cit., p. 95.

⁵⁵³ WALGRAVE, Lode. Investigating the Potentials of Restorative Justice Practice... Op. cit., p. 96.

⁵⁵⁴ REGGIO, Federico. **Giustizia dialogica**: luci e ombre della restorative justice. Milão: Editora Franco Angeli, 2010, p. 116.

corte criminal, por exemplo, a mensagem de desaprovação parte do judiciário e é direcionada pelo juiz, o que muda nas práticas seria que essa mesma mensagem parte dos cidadãos com base em fundamentos que não se restringem necessariamente ao conteúdo da lei⁵⁵⁵.

Para Walgrave, o maximalismo propõe um modelo de intervenção pública focado na restauração da segurança, dos direitos, da liberdade e na promoção da harmonia social. A intervenção reparadora deve demonstrar esse respeito por direitos e liberdades em sede da formulação da decisão ao caso, permitindo, se possível, a participação ativa do ofendido e do ofensor para tanto. O modelo permite, portanto, uma combinação entre processo informal e formal, fiscalizada por autoridades que zelam pelas garantias fundamentais do autor da ofensa e que culmine em sanções restaurativas as quais favoreçam a reintegração social do ofensor e a reparação ao ofendido⁵⁵⁶. O maximalismo também admite a gradação da restauratividade, tomando a reparação dos danos do ofendido como elemento essencial da JR.

Citando Von Hirsch, Walgrave descreveu a punição (pena) como a inflição intencional de dor através de um tratamento severo sobre alguém que cometeu uma conduta criminosa. A sanção restaurativa, não poderia ser confundida com uma punição, pois não possui caráter aflitivo intencional e, enquanto a punição é um meio de comunicar desaprovação, a reparação pretende, além disso, produzir a restauração dos vínculos ao aplacar o mal causado⁵⁵⁷.

Walgrave, ao revisitar a história dos movimentos restaurativistas, lembrou que JR não tem como enfoque o ofensor, mas o dano a ser reparado, por isso o alvo de suas práticas, e o que possibilita verificar o seu sucesso, é o grau de reparação do dano, do sofrimento, e a promoção da sensação de segurança social⁵⁵⁸. Essa reparação pode ser mensurada em nível material e simbólico, como a partir de pesquisas de satisfação com os participantes. Walgrave defende que a avaliação dos programas que se atente aos sentimentos e percepções dos participantes contribui para mensurar a reparação e a qualidade de como ela vem sendo produzida.

Ainda, o autor também pontuou que são necessários critérios externos para comparar os efeitos do processo judicial com a via restaurativa, averiguando-se se ela

⁵⁵⁵ WALGRAVE, Lode. **Imposing Restoration Instead of Inflicting Pain...** Op. cit., p. 65.

⁵⁵⁶ WALGRAVE, Lode. **Imposing Restoration Instead of Inflicting Pain...** Op. cit., 73.

⁵⁵⁷ WALGRAVE, Lode. **Imposing Restoration Instead of Inflicting Pain...** Op. cit., 63-64.

⁵⁵⁸ WALGRAVE, Lode. **Investigating the Potentials of Restorative Justice Practice...** Op. cit., p. 100.

efetivamente contribui mais ou menos para a promoção da paz⁵⁵⁹. Essa consideração é fundamental, pois, mesmo adotando parâmetros diversos do sistema convencional, é crucial que a JR não avance de um lado para retroceder do outro.

Nesse sentido, mesmo que os efeitos das práticas possam ser diferentes do que os provocados pelo processo penal e pela jurisdição, essas duas vias hoje são socialmente reconhecidas como válidas e produzem resultados que colaboram, ainda que de forma deficiente e impositiva, com a coesão social. Assim sendo, não se deve desconsiderar que a adoção de um modelo restaurativo não faz sentido se apenas agravar problemas provocados pelo sistema criminal vigente ou os problemas que esse sistema se propõe, discursivamente, a corrigir, como, por exemplo, a reincidência, cuja redução não é exatamente um objetivo da JR. Portanto, o que Walgrave busca alertar é que, para ser usado como alternativa ao modelo penal, o modelo restaurativo não pode agravar os problemas relativos à criminalidade, ele terá o duplo desafio de revolucionar o sistema e, ao mesmo tempo, demonstrar que gera mais segurança do que ele.

Essa alternatividade depende de certo grau de convergência em termos de macro objetivos da JR e do sistema penal, como, ao menos em nível discursiva (em relação ao sistema penal): a promoção da segurança, a reprovação de atos criminosos, a estabilização de referenciais legítimos de expectativas sociais e a coesão social em torno deles. O problema é que, como ressaltaram Andrew Von Hirsch, Andrew Ashworth e Clifford Shearing, existe considerável ambiguidade dos objetivos comumente vinculados às práticas restaurativas (como: a cura do conflito, a responsabilização do ofensor e a restauração de vínculos). Apesar disso, critérios mais objetivos como a “satisfação dos participantes” das práticas restaurativa (mensurada a partir de questionários anônimos) e “redução de taxas de reincidência” não também são satisfatórios para avaliar programas restaurativos, uma vez que a JR não se propõe a atender estes fins⁵⁶⁰. Para superar essas ambiguidades e esclarecer objetivos passíveis de avaliação, os autores propuseram o “*Making Amends Model*” (modelo de reparação), baseando-se nos pressupostos da teoria da reparação (*reparative theory*).

O modelo em questão apregoa a necessidade de reconhecimento implícito, ou explícito, pelo ofensor sobre suas responsabilidades em relação à ofensa e o seu posterior

⁵⁵⁹ WALGRAVE, Lode. Investigating the Potentials of Restorative Justice Practice... Op. cit., p. 101.

⁵⁶⁰ VON HIRSCH, Andrew; ASHWORTH, Andrew; SHEARING, Clifford. **Specifying Aims and Limits for Restorative Justice:** a “Making Amends Model”? Em: VON HIRSCH, Andrew; ROBERTS, Julian V.; BOTTOMS, Anthony; ROACH, Kent SCHIFF, Mara. **Restorative Justice and Criminal Justice:** competing or reconcilable paradigms? Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, p. 21- 39, 2003, p. 22-23.

comprometimento quanto à realização de tarefas, em benefício da vítima, para reparar o mal causado⁵⁶¹. Os autores reconhecem que o dano cometido não desaparece, mas isso não exime o ofensor de buscar a sua minimizá-lo e considerar as necessidades da vítima. Por isso, admite-se que eventual acordo restaurativo tenha natureza de sanção, pois caso o suposto autor da ofensa não concorde com os termos, enfrentará uma sentença penal⁵⁶². Essa ressalva é importante, pois a iminência de eventual sanção penal, provavelmente mais drástica do que os termos de um acordo, mitiga a “voluntariedade” no modelo do *Making Amends*.

Ao que parece, este modelo abrange casos em que o ofensor já está em vias de ser condenado e lhe é ofertada a prática restaurativa para que seja construído um acordo cujo cumprimento serviria de alternativa à pena. Como limites aos termos dos acordos, os autores sugeriram o teor de decisões judiciais em casos semelhantes. Segundo eles, isso preservaria a proporcionalidade e evidenciaria a complementaridade funcional da JR em relação ao sistema penal, pois ele exerceria constante influência sobre ela⁵⁶³. A nosso ver, trata-se de uma variante do modelo maximalista, em virtude da aproximação proposta com o sistema penal somada ao foco na reparação de danos como substituição da pena e na mitigação dos traços procedimentais restaurativos em prol do resultado reparador.

Declan Roche, preocupado em garantir o controle do risco de cooptação da JR pela lógica punitiva do sistema penal, sistematizou um modelo de “prestação de contas pública e deliberativa” (*public and deliberative accountability*) como proposta norteadora dos programas restaurativos⁵⁶⁴. Para Roche é crucial que os programas de JR prestem contas sobre seus critérios de condução, justificando a razão de sua estrutura como tal e os motivos para a formulação dos acordos resultantes das abordagens restaurativas, pois essas medidas permitem verificar se os direitos de todos estão sendo respeitados⁵⁶⁵. Defende assim um dever de *accountability* pelos projetos de JR para com a população e as instituições em relação a sua operacionalização.

⁵⁶¹ VON HIRSCH, Andrew; ASHWORTH, Andrew; SHEARING, Clifford. **Specifying Aims and Limits for Restorative Justice**... Op. cit., p. 26.

⁵⁶² VON HIRSCH, Andrew; ASHWORTH, Andrew; SHEARING, Clifford. **Specifying Aims and Limits for Restorative Justice**... Op. cit., p. 27, 48.

⁵⁶³ VON HIRSCH, Andrew; ASHWORTH, Andrew; SHEARING, Clifford. **Specifying Aims and Limits for Restorative Justice**... Op. cit., p. 27,

⁵⁶⁴ O termo *accountability*, no sentido clássico, designa a obrigação de explicar/justificar um comportamento ou decisão, pressupondo a concordância com critérios e valores provenientes de tal obrigação, de forma que o devedor prestará contas (*to account*) se os desrespeitar. ROCHE, Declan. **Accountability in Restorative Justice**... Op. cit., p. 3, 41-43.

⁵⁶⁵ ROCHE, Declan. **Accountability in Restorative Justice**... Op. cit., p. 19-20.

A *accountability* limitaria o espaço entre promessas e performances das práticas restaurativas, garantindo formas de salvaguardar (procedimentalmente) essas propostas. Dentre as possíveis medidas de controle desses programas, Roche exemplificou: **(i)** a exposição de motivos dos acordos nas respectivas minutas; **(ii)** a possibilidade de fiscalização do acordo por autoridades; **(iii)** o dever de prestar informações sobre o andamento executivo das obrigações assumidas no acordo pelo fiscal destes compromissos; **(iv)** a criação de protocolos de acompanhamento procedimental da prestação de contas envolvendo as práticas restaurativas. No âmbito interno das práticas restaurativas, o autor afirmou que a *accountability* é de natureza deliberativa, uma vez que os participantes definem o que é relevante para a prestação de contas de um para com o outro, oportunizando uma retratação inclusiva, motivada, sensível, pública, interativa e independente⁵⁶⁶.

Para que a *deliberative accountability* ocorra, Roche estipulou os seguintes requisitos: **(i)** a participação no programa deve ser voluntária e os ofensores devem ser avisados acerca da possibilidade de julgamento por um órgão diverso do proponente das práticas caso decidam por não participar ou abandonar a iniciativa; **(ii)** a base de qualquer decisão nas práticas é o consenso e, caso o ofensor descumpra com o acordo, se as investigações do fórum alternativo apontarem a sua boa-fé, isso não influenciará negativamente a sua situação processual ou eventual aplicação de pena; **(iii)** as reuniões não devem ser longas; **(iv)** o Estado deve garantir a inclusão de pessoas de diversos segmentos sociais em projetos de JR e zelar pelo atendimento de todos; **(v)** os encontros devem permitir que as pessoas se expressem de modo confortável⁵⁶⁷.

Quanto à influência estatal no Modelo de *Accountability*, Roche adendou que o promotor de justiça poderia participar dos encontros restaurativos, pois representa o interesse público, e que os balizadores dos limites mínimo e máximo dos termos de um acordo seriam, respectivamente: a consideração da segurança pública e o respeito aos direitos humanos⁵⁶⁸. O juiz fiscal deve admitir os excessos ou branduras nos acordos se seus termos estiverem dentro dos limites indicados, caso contrário, os participantes devem ser convidados a revisar as cláusulas à luz das ponderações do magistrado, que poderá promover alterações unilaterais apenas se o convite for declinado. O modelo de Roche é uma variante do purismo, por primar pela voluntariedade e características dos

⁵⁶⁶ ROCHE, Declan. *Accountability in Restorative Justice...* Op. cit., p. 7, 58, 121.

⁵⁶⁷ ROCHE, Declan. *Accountability in Restorative Justice...* Op. cit., p. 121-122.

⁵⁶⁸ ROCHE, Declan. *Accountability in Restorative Justice...* Op. cit., p. 5, 234-235

procedimentos restaurativos com enfoque em evitar a corrupção de sua lógica pela racionalidade punitiva.

A comparação e contraste entre os modelos maximalista e purista contribui com a análise do quanto a JR pode se afastar do sistema justiça estatal, bem como o quanto se está disposto a ceder para provocar mudanças e mesmo quais mudanças devem ser provocadas para que a justiça seja qualificada como restaurativa⁵⁶⁹. Para McCold, a resposta para uma definição de JR deveria partir da análise de suas práticas, pois a evolução da JR como um paradigma dependeu mais de uma jornada de (re)descoberta dos processos dialógicos responder a conflitos do que uma construção teórica prévia⁵⁷⁰. Considerando que uma série de abordagens e propostas tidas como restaurativas já restam identificadas, faz-se necessário delimitar então os postulados, teorias, conceitos, proposições e hipóteses para a formação de um paradigma sólido e coerente, separando-se o que pode ser aceito como JR do que não pode.

Nessa linha, McCold, apontou o primeiro postulado de Zehr⁵⁷¹ como a base da JR, e que uma teoria proveniente dele seria que o predicado da justiça reside no atendimento das necessidades dos afetados pelo crime por meio da construção dialógica do consenso⁵⁷². Também como Zehr, os conceitos que McCold aponta estarem atrelados à JR seriam “vítima”, “ofensor”, “comunidade”, “dano”, “necessidades”, “obrigações”, “reparação” e “reconciliação”. Uma proposição, ao seu turno, seria que o devido atendimento de necessidades criadas por um crime providenciaria um maior senso de justiça aos envolvidos no conflito, enquanto uma hipótese advinda dessa proposição é que os participantes de uma abordagem restaurativa teriam maior satisfação neste tipo de procedimento do que se seu caso fosse conduzido na forma de um processo judicial⁵⁷³.

Para McCold a grande questão da JR remeteria ao oferecimento de meios restaurativos para a formulação de respostas “curativas” ao crime, embora ela não possa ser confundida com uma teoria geral sobre de justiça, que indica um único meio para o seu atendimento, mas uma justiça a qual fornece parâmetros procedimentais restaurativos. Assim, uma teoria restaurativa que possibilite a conciliação entre maximalismo e purismo (“teoria de meio termo”) não deve se preocupar, aos olhos do autor, com as implicações políticas e holísticas do modelo de justiça adotado, e sim com o conflito em concreto e com

⁵⁶⁹ MCCOLD, Paul. Toward a Mid-Range Theory of Restorative Criminal Justice... Op. cit., p. 2.

⁵⁷⁰ MCCOLD, Paul. Toward a Mid-Range Theory of Restorative Criminal Justice... Op. cit., p. 22.

⁵⁷¹ Crime como violação a pessoas e relacionamentos.

⁵⁷² MCCOLD, Paul. Toward a Mid-Range Theory of Restorative Criminal Justice... Op. cit., p. 3.

⁵⁷³ MCCOLD, Paul. Toward a Mid-Range Theory of Restorative Criminal Justice... Op. cit., p. 3.

a prática aplicada para gerenciá-lo, limitando-se a formas de reação ao crime na situação específica⁵⁷⁴.

Ocorre que as principais abordagens restaurativas se estenderam à seara escolar, à saúde ao ambiente de trabalho e a conflitos políticos envolvendo violência sistêmica, ampliando o enfoque dos desenvolvimentos teóricos sobre a JR para além da esfera criminal e agravando a confusão da JR com outros movimentos contra hegemônicos, como a polícia comunitária e grupos operativos reflexivos para estudantes, autores de violência, etc⁵⁷⁵.

Diante da perpetuidade da imprecisão quanto à delimitação conceitual da JR, Federico Reggio propôs uma “definição de uso” recorrendo a quatro elementos: (i) a consideração do crime em termos concretos, focando sobre a lesividade da conduta no contexto das relações intersubjetivas de determinada “comunidade civil”; (ii) a concepção de crime como fonte de obrigações para seu autor, que deve remediar as consequências de seus atos em conformidade com as necessidades da vítima; (iii) a participação ativa de vítima, ofensor e eventuais membros da comunidade civil na busca por soluções que reparem o mal do delito; (iv) a preferência por soluções consensuais⁵⁷⁶.

Como pontos comumente manifestados nas perspectivas sobre JR, Reggio identificou: (i) a transformação da experiência da vítima em um objeto de narrativa; (ii) a tratativa da JR como uma antítese à antropologia individualista e um resgate do ideal comunitário; (iii) o conceito de ordenamento jurídico como ordem que deve considerar a realidade na qual as normas incidem, atentando à experiência concreta do crime e suas consequências; (iv) a noção de que o Estado não é o único garantidor da ordem jurídica e social, podendo os cidadãos atuarem em conjunto com ele para promover um sistema de justiça criminal inclusivo e democrático⁵⁷⁷. A consideração da dimensão humana (sentimental, comunicativa, relacional, etc.) do autor da ofensa e do ofendido então é usualmente atrelada como um diferencial das práticas restaurativas em relação à tutela jurisdicional de casos penais⁵⁷⁸.

Reggio ponderou que o consenso teórico sobre a JR, no presente momento histórico, representaria algo negativo, pois engessaria o debate de questões que talvez careçam de maiores reflexões. Apesar disso, para superar o problema da indefinição, o autor italiano

⁵⁷⁴ MCCOLD, Paul. Toward a Mid-Range Theory of Restorative Criminal Justice..., Op. cit., p. 4-5.

⁵⁷⁵ WALGRAVE, Lode. Investigating the Potentials of Restorative Justice Practice... Op. cit., p. 94.

⁵⁷⁶ REGGIO, Federico. *Giustizia dialogica...* Op. cit., p. 21-23.

⁵⁷⁷ REGGIO, Federico. *Giustizia dialogica...* Op. cit., p. 24, 28-29.

⁵⁷⁸ GIAMBERARDINO, André Ribeiro; SILVA, Mário Edson Passerino Fischer da. Justiça Restaurativa e Crimes Culposos de Trânsito. *R. Opinião Jurídica*, Fortaleza, ano 15, n. 20, p. 13-31, jan./jun. 2017, p. 15.

propôs como diretriz de desenvolvimento teórico da JR a identificação de conceitos que a JR diferenciam do sistema convencional e permitam distinguir uma “visão aceita” de uma “visão aceitável” sobre a JR⁵⁷⁹. Os questionamentos que permitiram essa distinção, para Reggio, são aqueles que evidenciem as finalidades da proposta restaurativa e se ela se apresentaria como alternativa, ou complemento ao sistema penal.

Enquanto os debates teóricos não chegam a um consenso (e talvez nunca cheguem), as regulamentações sobre a JR já estão oferecendo diretrizes para os programas restaurativos há alguns anos. Essas diretrizes de execução de práticas restaurativas influenciam e são influenciadas pelas citadas vertentes sobre a JR.

No ano 2000, o Congresso das Nações Unidas sobre a Prevenção do Crime considerou a JR como uma proposta que deveria ser desenvolvida pelos países membros e, a partir dessa premissa, formulou uma Cartilha de Princípios sobre o uso de suas práticas em casos penais⁵⁸⁰. Posteriormente, em 24 de julho de 2002, o Conselho Econômico e Social Organização das Nações Unidas (ONU) editou a Resolução nº 2002/12 para tratar dos “Princípios Básicos para a utilização de Programas de Justiça Restaurativa em Matéria Criminal”. A ONU tomou como base outras resoluções que abordaram a temática, como a Resolução nº 1999/26, intitulada “Desenvolvimento e Implementação de Medidas de Mediação e Justiça Restaurativa na Justiça Criminal”, e a Resolução nº 2000/14, designada como “Princípios Básicos para utilização de Programas Restaurativos em Matérias Criminais”. Em seu preâmbulo, a Resolução nº 2002/12 reconheceu as raízes indígenas da perspectiva restaurativa e caracterizou a JR como:

(...) uma resposta ao crime que respeita a dignidade e a igualdade das pessoas, constrói o entendimento e promove a harmonia social mediante a restauração das vítimas, ofensores e comunidades”⁵⁸¹.

Como elementos que diferenciam a JR e tornam a sua adoção relevante são apontados no preâmbulo: **(i)** a oportunidade das vítimas obterem reparação, sentirem-se mais seguras e superarem as consequências negativas do crime; **(ii)** a possibilidade dos ofensores compreenderem as causas e consequências de seu comportamento e assumirem responsabilidades e **(iii)** a compreensão das causas subjacentes do crime pela comunidade afetada, o que colabora com o bem-estar comunitário e com a prevenção da

⁵⁷⁹ REGGIO, Federico. *Giustizia dialógica...* Op. cit., p. 69.72, 79-82.

⁵⁸⁰ UMBREIT, Mark S.; VOSS, Betty; COATES, Robert B.; LIGHTFOOT, Elizabeth Lightfoot. *Restorative Justice in the Twenty-First Century...* Op. cit., p. 262.

⁵⁸¹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Resolução 2002/12**. Nova Iorque: 37º Sessão Plenária, 24 de julho de 2002.

criminalidade⁵⁸². Este último ponto deixa claro então que a JR, para a ONU, pode e deve ser utilizada como ferramenta de política criminal que não ignora a importância da prevenção de condutas criminosas. Esse diálogo entre JR e justiça penal convencional é tão relevante que foi ressaltada no preâmbulo a flexibilidade das práticas restaurativas aos sistemas de justiça criminais e o caráter complementar dessas como respostas alternativas a tais condutas.

A primeira sessão da Resolução, denominada de “Terminologia”, designa o “processo restaurativo” como qualquer procedimento no qual a vítima, o ofensor e, quando apropriado, os membros da comunidade afetada por um crime participam ativamente na gestão das questões atinentes ao caso penal, geralmente com a ajuda de um facilitador. Essa definição praticamente copia a definição de Tony Marshall, ressaltando-se que os processos restaurativos devem ocorrer somente quando houver prova suficiente de autoria para a denúncia do suposto ofensor e apenas mediante o livre consentimento deste e da vítima (voluntariedade), os quais poderão revogar esse consentimento a qualquer momento durante a prática restaurativa.

A Resolução adota uma concepção purista de JR, mas somente considera restaurativo o resultado que implicar em um acordo que preveja a reparação de danos, a restituição de valores ou a prestação serviços comunitários que atendam às necessidades individuais (da vítima) e coletivas (da comunidade), assegurando a responsabilização dos envolvidos no conflito e a sua devida reintegração social. Embora não fique claro o que se queira dizer com “reintegração”, parece estar se tratando da devida harmonização de expectativas entre os participantes com os demais indivíduos dos meios em que cada um se insere, o que garantiria a coesão social e preveniria a segregação.

Diante de todas essas ponderações, e do conteúdo das Resoluções nº 118/2014 do CNMP e 225/2016 do CNJ, abordadas no Capítulo I deste trabalho, expor-se-á uma proposta é uma proposta de delimitação conceitual da JR, cuja pretensão é a mera tentativa de condensar e clarificar reflexões já realizadas pelos autores referenciados, sem prejudicar debates adicionais.

Mesmo compreendendo que o maximalismo recepciona o purismo, entendo que a amplitude do critério utilizado pelo primeiro pode levar à banalização da JR, sendo possível admitir, por exemplo, que um processo penal, com nenhuma participação da vítima, suposto autor da ofensa ou representantes de comunidade na construção de decisão, possa

⁵⁸² ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Resolução 2002/12...** Op. cit.

ser considerado como prática restaurativa se resultar em uma indenização. Ainda, o termo “reparação” me parece bem menos objetivo do que balizas procedimentais. Que tipo de reparação? Pecuniária? Moral? Em que proporção? Qual o limite? Quem definirá esses critérios se não a vítima e o ofensor a partir de seu diálogo? O Legislador? O juiz?

O purismo, além de recepcionar a necessidade de reparação como um dos objetivos da prática restaurativa, permite recorrer a termômetros mais precisos, facilitando a delimitação do que é restaurativamente orientado, do que não é. Ainda, considerando que as práticas restaurativas se desenvolveram também partindo de necessidades oriundas de comunidades, movimentos pelos direitos das vítimas e pessoas ligadas a grupos de risco em relação a práticas delitivas, é incoerente que o mero enfoque na reparação possa a única variável determinante para definir uma prática como restaurativa.

Considerando essas questões, a meu ver, a JR corresponderia a um paradigma em construção que reflete uma particular concepção de Justiça, Crime, Conflito e Cidadania⁵⁸³, com enfoque em aspectos relacionais e comunicativos. Evidentemente, compreende-se a consideração de McCold quanto afirma que ela trata de um modelo diferenciado de resposta ao crime, porém, seus próprios postulados ressignificam os quatro elementos supracitados, resgatando ideais comunitários e democratizando o espaço institucional para a transformação de conflitos.

Especificamente, a Justiça, na ótica restaurativa, pode ser compreendida como uma construção dialógica coletiva, não padronizável, cuja verificação ocorre caso a caso por meio da observância dos valores comuns e individuais expostos por aqueles que vivenciam uma experiência de alteridade ao tratar de determinada questão (conflituosa, ou não). Em um espaço conectado com o judiciário, essa construção é delimitada ao que não vai de encontro ao conteúdo do ordenamento jurídico. Logo, as matrizes casuísticas e comunitárias dessa justiça são mitigadas com a sua aproximação da justiça estatal, que demanda a tutela de garantias para a previsão de limites prévios aos diálogos restaurativos.

Essa definição parece se aproximar dos pressupostos do paradigma da linguagem ou, precisamente, da ideia de construção de verdade pelo consenso linguístico, tratada por Habermas, uma vez que os participantes de uma prática restaurativa, (re)significariam, a

⁵⁸³ Para essa primeira etapa da definição recorreu-se à concepção paradigmática de Zehr e Reggio somada à percepção construtivista posta em especial evidência por Tiveron. Em: ZEHR, Howard. **Trocando as Lentes...** Op. cit., p. 80-90; REGGIO, Federico. **Giustizia dialogica...** Op. cit., p. 17; TIVERON, Raquel. **Justiça Restaurativa e Emergência da Cidadania na Dicção do Direito...** Op. cit., p. 32;

partir da interação linguística⁵⁸⁴, a situação conflitiva que possuem, tendo como objetivo a formulação de um ponto em comum em que entendam que as necessidades afetadas pela conduta criminosa estejam satisfeitas. Dessa forma, a decisão construída com a ativa participação comunicativa de todos goza de maior validade e compreensão perante os envolvidos, ampliando as chances do seu reconhecimento como “justa” e “legítima”.

Também não considero que seja necessária a materialização de um acordo para que os participantes de uma experiência restaurativa considerem que a justiça foi feita. Pode bastar, se assim entenderem os envolvidos, o consenso sobre a reprovabilidade das condutas ofensivas. Além disso, a celebração de um acordo não atende necessariamente a todas as concepções individuais de justiça, mas corresponde a um consenso coletivo de que foram tomadas medidas proporcionais e compreendidas como necessárias para promover a mitigação de danos e resgatar a harmonia relacional afetada pelo.

Sobre o crime, este é não é vislumbrado a partir da ótica meramente jurídica (desrespeito ao ordenamento), mas essencialmente como um dano que reifica o sujeito e fragiliza a coesão social⁵⁸⁵. Quando se fala em reparação de danos, a JR parece impregnar o campo penal com a lógica civilista, mas em verdade o paradigma em questão atenta para a dimensão material do crime, apontando que somente a aplicação da lei penal não é medida que remedeie grande parte dos efeitos negativos da conduta criminosa, afinal, ela é cometida em um contexto relacional⁵⁸⁶.

Quanto à ideia de conflito, sob uma visão restaurativa, este corresponderia a uma oportunidade construtiva e de autopercepção, bem como de remodelamento e aprofundamento do contexto relacional no qual se insere⁵⁸⁷. Isso porque as práticas restaurativas se propõem a aflorar as faculdades humanas interativas, racionais e solidárias em um espaço dialógico, seguro e democrático que conte com facilitadores para mediar o

⁵⁸⁴ Sobre o tema ver: HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade I. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1997.

⁵⁸⁵ ZEHR, Howard. **Trocando as Lentes...** Op. cit, p. 174-175.

⁵⁸⁶ Essa observação quanto à tratativa do crime pela JR é recorrente na doutrina, a própria obra “Trocando as Lentes: **um novo foco sobre o crime** e a justiça”, de Zehr, já traz tal questão no seu título e a toma como tema central do livro. Mais além, Raquel Tiveron, Federico Reggio, André Ribeiro Giamberardino e Daniel Achutti não deixam de abordar a visão restaurativista acerca dos efeitos da conduta criminosa sobre a teia das relações humanas.

⁵⁸⁷ Tiveron promove uma reflexão que vai ao encontro a esta partindo da ideia de “espaço de outriedade” desenvolvida por Warat, a qual remete ao reconhecimento entre duas pessoas que as permite se enxergar mutuamente (empatia), descobrindo o que falta em suas supostas existências completas. A autora completa dizendo que a JR toma o *alter* e o conflito como potenciais de revitalização das relações humanas mediante a construção de novos meios de se relacionar. Em: TIVERON, Raquel. **Justiça Restaurativa e Emergência da Cidadania na Dicção do Direito...** Op. cit., p. 131, 136.

diálogo, criando canais de comunicação que permitam a compreensão mútua entre os participantes.

No mais, a JR, ao apostar nas capacidades humanas de transformação dialógica de conflitos e de relações, redefine o imaginário sobre a cidadania, tomando o cidadão como sujeito apto e responsável pela gestão de seus conflitos e pela efetivação de seus direitos através do diálogo. Sob esse manto, tal paradigma aborda a cidadania como algo inato ao indivíduo, cuja substância se verifica na potência individual e coletiva de construir e alterar a realidade a partir da corresponsabilidade, proatividade, na compreensão e no comprometimento voluntário e coletivo com a inclusão. Tem-se então uma pretensão de fortalecimento do senso de identidade comum (comunitário, familiar, grupal, etc.) entre os participantes da prática, partindo do qual o indivíduo descobre e, ao mesmo tempo, (re)constrói o seu papel enquanto ser relacional.

No âmbito operacional, a JR se manifesta pelas “práticas restaurativas” que, no campo criminal, corresponderiam a abordagens autocompositivas mediadas que se destinam a oportunizar espaços de diálogo entre vítima, autor da ofensa, seus familiares e eventuais membros da comunidade afetada pelo delito. Tudo isso com vistas ao esclarecimento sobre as causas e consequências do crime, à responsabilização do causador do dano e, se possível, a estipulação de obrigações para que este seja reparado, assegurando-se à vítima a chance de tornar a sua experiência um objeto de narrativa.

Pensa-se que tal proposta, em razão de oferecer critérios objetivos que gozem de certa flexibilidade, vai ao encontro das ponderações de Mashiro Suzuki e Hennessey Hayes, os quais apontaram que, em vez de se perseguir uma definição estática e concreta de JR, talvez seja mais frutífero concebê-la como um processo e um resultado ao mesmo tempo⁵⁸⁸. Para os autores, esses procedimentos e resultados seriam mensuráveis através de uma régua que apontaria para o mais e o menos restaurativo, o que forneceria um ponto a ser atingido pelos programas que pretendem ser restaurativos, mas não excluiriam dessa qualificação as propostas que abarcassem alguns aspectos relevantes da JR. Apesar disso, ressalta-se que a JR já atingiu um estágio que a tornou acessível empiricamente, de modo que sem uma definição concreta será difícil medir a efetividade dos seus programas⁵⁸⁹.

Levando isso em conta, os parâmetros para viabilizar a avaliação das práticas restaurativas e estabelecer padrões de qualidade devem ser profundamente refletidos. Isso porque o paradigma restaurativo ainda é largamente inexplorado, e o que pode valer para

⁵⁸⁸ SUZUKI, Mashiro; HAYES, Hennessey. *Current Debates over Restorative Justice...* Op. cit., p. 7.

⁵⁸⁹ SUZUKI, Mashiro; HAYES, Hennessey. *Current Debates over Restorative Justice...* Op. cit., p. 7.

Camberra não necessariamente se aplica ao contexto de Curitiba ou Ponta Grossa. Por isso os parâmetros gerais da JR emergirão do intenso estudo (empírico) de suas práticas, do desenvolvimento e efetivação procedimental de seus princípios, bem como do estudo e possível resignificação de estruturas causais psicológicas, sociológicas e políticas atreladas ao sistema de justiça⁵⁹⁰.

3.2 Práticas restaurativas: parâmetros de gradação da restauratividade, escopos e vertentes norteadoras

As práticas restaurativas buscam superar algumas características inerentes ao sistema de justiça penal, como: a deficiência ou carência de comunicação entre os envolvidos em um conflito, a ameaça de punição destrutiva, o viés adversarial do processo, o afastamento dos envolvidos na construção da resposta para o caso concreto. A superação se presta a consolidar espaços seguros e democráticos para que “partes de fato” em um caso penal possam realizar dialógicos horizontais com a finalidade de compreender melhor as causas e consequências do crime e colaborar coletivamente para superá-las⁵⁹¹.

Segundo a teoria procedimental, as pessoas estão mais preocupadas sobre como serão tratadas ao entrarem em contato com o sistema de justiça do que com o resultado atingido. Isso porque, nessa ótica, é o procedimento que promove a inteligibilidade das decisões, de modo que o respeito generalizado ao ritual e a possibilidade de influenciá-lo confere legitimidade às autoridades e instituições nele envolvidas. As práticas restaurativas, ao oportunizarem à vítima e ao autor da ofensa a participação no procedimento decisório, favorecem a migração da motivação para o “não cometimento de crimes” e para “a reparação de seus danos” à compreensão interna e não mais pela coação externa, como faz o processo penal⁵⁹².

Não há, entretanto, consenso sobre a maneira de condução e os objetivos das práticas restaurativas, pois, como já observado, elas não encontram amparo em um único modelo ou referencial teórico. Assim sendo, os parâmetros práticos a serem adotados em um programa restaurativo dependem da vertente que se pretende priorizar.

Uma prática calcada no purismo, por exemplo, dará primazia à condução do encontro, tendo como enfoque o diálogo voluntário orientado prioritariamente ao

⁵⁹⁰ MCCOLD, Paul. Toward a Mid-Range Theory of Restorative Criminal Justice... Op. cit., p. 5.

⁵⁹¹ WALGRAVE, Lode. Investigating the Potentials of Restorative Justice Practice... Op. cit., p. 117.

⁵⁹² WALGRAVE, Lode. Investigating the Potentials of Restorative Justice Practice... Op. cit., p. 118-119.

atendimento às necessidades da vítima. Se o referencial for o maximalismo, a qualificação da prática como restaurativa dependerá essencialmente do resultado, ou seja, se ele possibilitou, ou não, a reparação dos danos causados pela ofensa.

Para Walgrave, a opção pela JR não é uma escolha meramente instrumental, mas enraizada em instituições sociais e étnicas que visa à restauração em detrimento da premissa punitiva, dando espaço a um processo deliberativo com vistas à reparação do mal causado pelas ofensas. Ocorre que essas crenças não são minuciosamente detalhadas, pois o valor sócio étnico utilizado como premissa é usualmente dado como uma evidência em si, o que respaldaria a escolha pela manutenção de uma proposta restaurativa mesmo sem uma devida compreensão de suas origens e a evidência sobre seus resultados positivos⁵⁹³.

Uma coisa é certa: os critérios para avaliar a eficiência das práticas restaurativas não podem ser os mesmos selecionados para mensurar a efetividade do sistema de justiça criminal convencional. Se as vítimas não se sentirem mais satisfeitas e em paz após ingressarem no programa restaurativo, e se os autores de ofensas não assumirem responsabilidades por seus atos, perpetuando a prática de condutas ofensivas, não haveria vantagens para segurança pública e para a coletividade com a adoção de um modelo restaurativo de justiça⁵⁹⁴.

Não obstante, considerando as premissas filosóficas e inclusivas da JR, as quais se coadunam em maior grau com a dignidade da pessoa humana e com os valores republicanos, caso a JR não aprimore ou piore as deficiências do sistema criminal, a preferência pelo seu uso ainda persistiria entre os restaurativistas. Em contrapartida, para os defensores do modelo convencional, essa equiparação não seria suficiente, e esse é um dos motivos pelos quais o estudo dos efeitos das práticas restaurativas é de suma relevância para analisar as contribuições que as práticas podem oferecer à gestão de casos penais. Para tanto é preciso saber o que medir.

Assim, a pesquisa avaliativa das práticas restaurativas faz-se imprescindível, afinal ideias brilhantes na teoria podem causar efeitos negativos na realidade. A ONU recomenda a aplicação de técnicas restaurativas como meios de resolução de casos penais, o que é um indicativo importante, mas Lode Walgrave ressaltou que isso, por si só, não é o suficiente para concluir que a JR é uma boa opção para todos os sistemas penais⁵⁹⁵.

⁵⁹³ WALGRAVE, Lode. Investigating the Potentials of Restorative Justice Practice... Op. cit., p. 91.

⁵⁹⁴ WALGRAVE, Lode. Investigating the Potentials of Restorative Justice Practice... Op. cit., p. 92.

⁵⁹⁵ WALGRAVE, Lode. Investigating the Potentials of Restorative Justice Practice... Op. cit., p. 92-93.

Se os critérios e objetos avaliados não estão claros e limitados, não serão pesquisados de modo preciso, e se os objetivos não são explicitados, o sucesso ou falha não poderão ser constatados⁵⁹⁶. Sem uma diferenciação entre premissas sócio-étnicas e evidências empíricas, os objetos pesquisados perdem a credibilidade e se torna ambíguos. As práticas restaurativas podem ser, de plano, compreendidas como um campo caracterizado por metodologias de transformação de conflitos humanos que pretendem ser construtivas e dialógicas, distinguindo-se dos meios jurídicos procedimentais de prescrição, mas também integrando uma agenda política, social e étnica⁵⁹⁷.

Walgrave explicitou que as avaliações das práticas não podem apenas se dirigir a abordagens metodológicas específicas e mas também adotar referenciais aplicáveis ao tipo de processo explorado a partir de descrições precisas das etapas necessárias à qualificação restaurativa e a avaliações baseadas em concepções objetivas dos resultados esperados de uma prática restaurativa⁵⁹⁸. Nesse sentido, Walgrave reconhece ser importante haver uma gradação da “restauração” provocada pelos programas restaurativos e que tal medida permitiria avaliar seus potenciais e limites.

O autor concluiu que as análises dos projetos restaurativos precisam se atentar: **(i)** a qualidade do processo em si (se ele respeita os direitos dos participantes e oportuniza espaços para participações diretas e tomadas de decisões); **(ii)** os sentimentos dos participantes após o procedimento, baseando-se na resposta a questionários de satisfação; **(iii)** a execução e cumprimento de um plano restaurativo, verificando-se se a vítima se sente restaurada e como o ofensor se percebeu durante todo esse processo; e **(iv)** os efeitos a longo prazo do processo, considerando se houve reincidência, se o ofensor entende que está bem inserido na comunidade e se a vítima se recuperou dos traumas do crime⁵⁹⁹.

Mark Umbreit, Betty Voss, Robert B. Lightfoot e Elizabeth Lightfoot, partidários do purismo, realçaram, na linha de uma gradação restaurativa, que uma prática ou programa será mais restaurativo a depender da observância e cumprimento do maior número dos seguintes critérios: **(i)** enfoque do programa no mal causado pela ofensa, dando-lhe primazia sobre as regras jurídicas violadas; **(ii)** demonstração de igual preocupação e comprometimento com vítimas e autores de ofensas, envolvendo ambos no processo decisório; **(iii)** trabalho com a restauração das vítimas, empoderando-as a partir do reconhecimento de suas responsabilidades com a manifestação de suas necessidades e

⁵⁹⁶ WALGRAVE, Lode. Investigating the Potentials of Restorative Justice Practice... Op. cit., p. 93.

⁵⁹⁷ WALGRAVE, Lode. Investigating the Potentials of Restorative Justice Practice... Op. cit., p. 93-94.

⁵⁹⁸ WALGRAVE, Lode. Investigating the Potentials of Restorative Justice Practice... Op. cit., p. 99.

⁵⁹⁹ WALGRAVE, Lode. Investigating the Potentials of Restorative Justice Practice... Op. cit., p. 105.

expressão de como elas gostariam que elas fossem atendidas; **(iv)** oferecimento de suporte aos ofensores enquanto são encorajados a entenderem, aceitarem e cumprirem com suas obrigações de reparação do dano; **(v)** esclarecimento quanto ao fato das obrigações assumidas pelos ofensores não terem finalidades aflitivas e serem passíveis de cumprimento; **(vi)** providência de oportunidades de diálogo direto ou indireto entre vítimas e ofensores; **(vii)** envolvimento e empoderamento da comunidade afetada pelo delito no processo decisório, a partir do reconhecimento dos vínculos e sentimentos comunitários maculados pelo delito; **(viii)** encorajamento com a colaboração e a reintegração comunitária do ofensor em detrimento da sua coerção; **(ix)** atenção às consequências que não foram desejadas pelos participantes em relação ao delito e **(x)** demonstração de respeito a todos as pessoas envolvidas no processo restaurativo⁶⁰⁰. Tanto o purismo quanto o maximalismo admitem, portanto, a gradação restaurativa das propostas, ainda que seus critérios basilares para definir o que é restaurativo sejam diversos.

Via regra, toda prática restaurativa é antecedida por um encontro individual pré-autocompositivo entre os participantes e o(s) facilitador(es), a fim que a proposta seja melhor explicada e para que os mediadores possam ter um contato prévio com as perspectivas, peculiares e histórias de cada um. Isso auxiliará na seleção da metodologia mais adequada ao caso, na organização dos roteiros estratégicos e na formulação de perguntas norteadoras que poderão ser feitas durante a prática restaurativa.

O objetivo principal das práticas geralmente envolve o esclarecimento acerca dos motivos e consequências do delito e, havendo um consenso e interesse na reparação, rumar-se-ia para a construção coletiva de um acordo restaurativo⁶⁰¹. Qualquer prática deve ser orientada por princípios coerentes e depende de habilidades específicas de seus executores. A opção por sua adoção resultará em um alcance determinado com relação aos efeitos possíveis e aos níveis de proximidade com o sistema de justiça. Assim, independentemente da vertente adotada, a implementação de um programa que envolva a aplicação de práticas restaurativas não pode prescindir da análise das circunstâncias e do contexto em que será desenvolvido.

Um círculo restaurativo, por seu caráter etapista, sistêmico e comunitário, tende a promover a construção de uma identidade de grupo que seria mais fraca, em tese, após uma mediação vítima-ofensor, por exemplo. Em contrapartida, uma mediação vítima-ofensor

⁶⁰⁰ UMBREIT, Mark S.; VOSS, Betty; COATES, Robert B.; LIGHTFOOT, Elizabeth. Restorative Justice in the Twenty-First Century... Op. cit., p. 258-259.

⁶⁰¹ UMBREIT, Mark S.; VOSS, Betty; COATES, Robert B.; LIGHTFOOT, Elizabeth. Restorative Justice in the Twenty-First Century... Op. cit., p. 269.

tende, na teoria, a ser muito mais objetiva e dinâmica do que uma narrativa circular, possibilitando a gestão de mais casos em menos tempo e uma interação menos ritualizada.

Para Walgrave, a construção de programas restaurativos deve considerar previamente: **(i)** as diversidades e precondições institucionais nas quais eles serão instaurados; **(ii)** os recursos necessários para o desenvolvimento das práticas em si; **(iii)** a metodologia de registros e os fatores a serem considerados no registro de possíveis resultados; **(iv)** a realização prévia das práticas com grupos controlados e menores para se antecipar possíveis resultados e deficiências do programa⁶⁰². Além disso, a manutenção de programas restaurativos, especialmente no âmbito das entidades públicas, depende do clima institucional em relação à agenda de política criminal, o que influencia o investimento na sua e os limites impostos em relação ao número e natureza dos casos abarcados.

Howard Zehr, ao seu turno, disponibilizou o que chamou de “indicadores de justiça restaurativa” no apêndice nº 1 de “Trocando as Lentes”, para fins de mensurar o grau de restauratividade dos programas destinados a abordar casos penais. Esses indicadores são baseados na resposta de perguntas principais e derivadas elencadas pelo autor da seguinte forma:

1. As vítimas vivenciam uma experiência de justiça?
 - a. Há suficientes oportunidades para que elas contêm a sua verdade a ouvintes relevantes?
 - b. Elas estão recebendo a restituição ou compensação necessária?
 - c. A injustiça foi adequadamente reconhecida?
 - d. Estão suficientemente protegidas de mais violações?
 - e. A decisão reflete adequadamente a gravidade de mais violações?
 - f. Estão recebendo informação suficiente sobre o evento, o ofensor e o processo?
 - g. Elas têm voz no processo?
 - h. A experiência da justiça é adequadamente pública?
 - i. Elas recebem apoio adequado de terceiros?
 - j. Suas famílias estão tendo a assistência e apoio devidos?
 - k. Outras necessidades – materiais, psicológicas, espirituais - estão sendo atendidas?
2. Os ofensores vivenciam uma experiência de justiça?
 - a. São incentivados a entender e assumir a responsabilidade pelo que fizeram?
 - b. São questionadas suas falsas representações?
 - c. Eles recebem incentivo e oportunidade para corrigir a situação?
 - d. Têm oportunidade de participar do processo?
 - e. São incentivados a mudar de comportamento (arrependimento)?
 - f. Há mecanismos para monitorar ou verificar mudanças?
 - g. Suas necessidades estão sendo atendidas?
 - h. Suas famílias estão recebendo apoio e assistência?
3. O relacionamento vítima-ofensor está sendo cuidado?
 - a. Há oportunidade de encontro direto ou terapêutico, quando apropriado?
 - B. Há oportunidade para troca de informações recíprocas e sobre o evento?
 - c. As falsas representações estão sendo questionadas?
4. Estão sendo levadas em conta as preocupações da comunidade?

⁶⁰² WALGRAVE, Lode. Investigating the Potentials of Restorative Justice Practice... Op. cit., p. 136-139.

- a. O processo e a decisão estão sendo adequadamente disponibilizados ao público?
- b. Estão sendo tomadas medidas para garantir a segurança da comunidade?
- c. Há necessidade de restituição ou ato simbólico para a comunidade?
- d. A comunidade foi representada de alguma forma no processo?
- 5. O futuro está sendo levado em consideração?
- a. Há medidas para resolver os problemas que causaram o evento lesivo?
- b. Há medidas para resolver os problemas causados pelo evento lesivo?
- c. Foram levadas em conta as intenções futuras?
- d. Foram tomadas medidas para monitorar e verificar resultados e resolver eventuais problemas?

Os critérios de Zehr consideram a relevância da participação e interação dialógica entre responsável pela ofensa, vítima e representantes da comunidade afetada, adotando um enfoque reflexivo e reparativo em relação ao crime, ao mesmo tempo em que estruturalmente preventivo. Tais critérios consideram as necessidades dos atores envolvidos nas práticas e ainda fornecem diretrizes a serem cumpridas pelos facilitadores, como o tensionamento do que Zehr chamou de “falsas representações”, que podem ser interpretadas como racionalizações neutralizadores de responsabilidade ou de autovitimização por parte do autor da ofensa, ou racionalizações de autoculpabilização pela vítima. Ainda, é interessante notar que o quinto macro critério remete à importância da participação de uma rede de suporte e proteção em relação aos atores e esse caráter inclusivo permite o intercâmbio de responsabilidades da comunidade, do autor da ofensa, da vítima e do Estado quanto ao caso penal em questão.

As práticas restaurativas, portanto, baseiam-se em um desenvolvimento interativo mais complexo e imprevisível do que o processo penal, incentivando o compartilhamento de perspectivas, histórias, emoções, valores e esclarecimentos pelas “partes de fato” no caso penal⁶⁰³. Isso propicia a geração dos mais diversos sentimentos nas vítimas e nos autores de ofensas, desde o remorso, a culpa, a vergonha, sendo imprescindível que os facilitadores estejam aptos a lidar com situações do gênero, garantindo que o ofendido não seja culpabilizado e revitimizado, mas também que autor da ofensa não seja humilhado e desrespeitado. Afinal, o viés reflexivo e dialógico das práticas tem como razão de ser o induzimento à conexão empática por meio da compreensão do outro enquanto ser humano relacional, bem como dos fatores e escolhas que resultaram no crime e como ele afetou a vida da vítima e de outras pessoas.

Sobre o escopo e enfoque das práticas restaurativas também não há consenso. Há defensores da imprescindibilidade da reparação, psicológica e/ou material do dano causado

⁶⁰³ WALGRAVE, Lode. Investigating the Potentials of Restorative Justice Practice... Op. cit., p. 123.

pelo ato criminoso (*reparative theory*), como Zehr, Walgrave, Reggio e Van Ness⁶⁰⁴ como elemento definidor dessas práticas, e partidários que priorizam a vivência de uma experiência voluntária e dialógica de alteridade acima de eventual reparação (*encounter theory*), como é o caso de Mark Umbreit e McCold⁶⁰⁵.

Pode-se citar a também a vertente segundo a qual a experiência restaurativa tem como fim transformar a compreensão dos sujeitos sobre justiça, crime e conflitos a partir das leituras relacionais já citadas, incentivando que cada participante se perceba como um agente racional e relacional apto a modificar sua realidade e a utilizar suas experiências conflitivas para finalidades construtivas (*transformative theory*)⁶⁰⁶. Essa linha sustenta que a oportunidade da prática restaurativa deve propiciar reflexões e tensionamentos de preconceitos, fortalecendo no sujeito sua autopercepção como alguém inserido em uma coletividade capaz de organizar seus problemas de modo cooperativo e dialógico. Assim, o sujeito é convidado a refletir sobre a estrutura e o contexto social no qual ocorreu o conflito⁶⁰⁷.

A *reparative theory* centra-se no dano causado, a *encounter* e a *transformative theory*, ao seu turno, são desenvolvidas em torno do conflito vivenciado e de sua tratativa dialógica. Apesar disso, enquanto a teoria do encontro volta-se ao meio-procedimento, a transformativa tem como enfoque os efeitos deste sobre a percepção dos participantes e as alterações provocadas na realidade, pautando-se na ressignificação do conflito.

A via reparativa preocupa-se com o cumprimento do dever de reparação do dano por parte do ofensor, focando-se nas necessidades do ofendido. A teoria do encontro, ao seu turno, toma a espontaneidade e a interação como fatores essenciais para caracterizar as práticas restaurativas e a ótica transformativa aposta na capacidade da experiência restaurativa de transformar a percepção dos participantes para que atuem cooperativamente e construam uma realidade inclusiva a partir do conflito e não apesar dele.

Para esta vertente, as práticas, para serem consideradas efetivas, devem incentivar os participantes a transformarem sua realidade partindo de suas próprias transformações internas durante as práticas restaurativas. De acordo com Lederach, um dos idealizados da vertente transformativa, as lentes da transformação intentam compreender a situação conflitiva imediata, os padrões subjacentes e o contexto do conflito ou ofensa, propiciando uma estrutura conceitual que viabilize a racionalização das causas e consequências (micro e

⁶⁰⁴ REGGIO, Federico. *Giustizia dialogica...* Op. cit., p. 100,102.

⁶⁰⁵ REGGIO, Federico. *Giustizia dialogica...* Op. cit., p. 101.

⁶⁰⁶ REGGIO, Federico. *Giustizia dialogica...* Op. cit., p. 163-166.

⁶⁰⁷ REGGIO, Federico. *Giustizia dialogica...* Op. cit., p. 101.

macro) do problema, a fim de que os envolvidos possam transformá-lo em uma oportunidade de reconstrução da realidade. Essa reconstrução passa pelo fortalecimento das teias relacionais afetadas pela situação, bem como pela desconstrução de preconceitos e estigmas favorecem novos conflitos destrutivos⁶⁰⁸.

É importante ressaltar que essa tripartição pode até implicar em resultados práticos quanto às prioridades de programas restaurativos, uma vez que o enfoque na reparação vai mais ao encontro do maximalismo enquanto uma teoria do encontro ou transformativa coaduna-se mais com o modelo purista. Todavia, na prática, é possível, e saudável, que um projeto restaurativo tenha um cuidado especial com a condução procedimental da prática, considerando a importância do tensionamento de preconceitos, para que todos os envolvidos se comprometam a compreenderem as questões direta e indiretamente afetadas ao caso penal, para então definirem, com maior precisão, o que deve e o que pode ser reparado.

A integração entre encontro, transformação e reparação é plenamente coerente e possível, sendo o segundo fator atrelado à qualidade do primeiro e o terceiro à qualidade dos outros dois. Dentre os três, deve-se apontar que a transformação é algo muito mais íntimo e nem sempre é possível mensurar a sua profundidade. Nesse sentido o programa precisa ter bem claro que tipos de reflexões e transformações pretende priorizar e se essa intenção não o torna “moralizante” e prescritivo.

Sobre a diferenciação entre reparação e encontro, Umbreit afirmou que a restauração se dá pela interação dialógica e pelo reconhecimento recíproco entre os envolvidos em uma abordagem restaurativa⁶⁰⁹. Reggio, seguindo a linha de Walgrave, criticou a teoria do encontro apontando que esta considera apenas aspectos intangíveis das consequências negativas da ofensa, substituindo a reparação do dano pelo diálogo, pelo esclarecimento e pela responsabilização mediante a censura. Por esse motivo, Reggio considera a teoria do encontro, incompleta e incapaz de alterar substancialmente o funcionamento do sistema penal⁶¹⁰. Nessa linha, o autor italiano foi além e ressaltou que o elemento essencial de distinção entre a justiça convencional e a restaurativa é o fato desta ter como vetor a reparação, e o diálogo seria apenas um dos pontos de partida rumo a ela⁶¹¹.

Sobre a *transformative theory*, Reggio a descreveu como excessivamente preocupada com a teia de relações sociais na qual as partes se inserem, o que arriscaria,

⁶⁰⁸ LEDERACH, John Paul. *Transformação de Conflitos...* Op. cit., p. 20-25.

⁶⁰⁹ REGGIO, Federico. *Giustizia dialogica...* Op. cit., p. 101, 164.

⁶¹⁰ REGGIO, Federico. *Giustizia dialogica...* Op. cit., p. 65.

⁶¹¹ REGGIO, Federico. *Giustizia dialogica...* Op. cit., p. 100, 165

segundo ele, o afastamento da atenção ao caso concreto, esquecendo-se da vítima e suas necessidades⁶¹². Essa vertente, para o autor, espelharia um modelo utópico, o qual cairia na falácia de buscar a criação de uma sociedade harmônica por desconsiderar os jogos de poder inerentes à estrutura social contemporânea. Assim, o autor apresentou a *reparative theory* como mais objetiva, focada na lesão e nos sujeitos concretos envolvidos no fato, menos ambígua do que *encounter theory* e mais coerente, na sua visão, com a finalidade última das práticas restaurativas: a atenção para as necessidades da vítima e a substituição da pena por uma censura de cunho reparativo⁶¹³.

Evidentemente, as críticas de Reggio quanto à ambiguidade de alguns conceitos da proposta da teoria do encontro são pertinentes para o seu aprimoramento. Contudo, algumas considerações adicionais podem ser feitas no que concerne a alegação de afastamento desta teoria do paradigma restaurativo. Primeiro, não se pode mensurar a vertente do encontro ou a transformativa a partir dos pressupostos da teoria reparativa. Tratar a imperiosidade da reparação como um consenso entre os restaurativistas é equivocado, pois desconsidera o significado do encontro e a potencial revolução de mentalidade que as práticas restaurativas representam. Tal consenso não existe e a redução da restauração à reparação parece apenas substituir a sanção penal por obrigações de fazer de cunho indenizatório (como é feito no direito civil).

Segundo, ao determinar um dever orientador de compensação, a *reparative theory* delimita os lugares dos atores integrantes da abordagem restaurativa, estigmatizando cada um ao compreendê-los como personagens unidimensionais. Está certo que as práticas devem ser orientadas para priorizar o atendimento às vítimas, possibilitar a responsabilização do ofensor e a reparação do dano, mas, especialmente em relacionamentos continuados, as categorias de vítimas e ofensores oscilam e todos os envolvidos podem ter ofendido e/ou sido ofendidos em determinado momento do conflito. Na prática, muitas vezes as categorias “vítima”, “ofensor” e “comunidade”, são mais referenciais operacionais do termos que descrevem precisamente a situação de cada pessoa. Assim, a via reparativa, se observada isoladamente das demais, corre o risco de artificializar todo o procedimento interacional, reduzindo o caso penal a uma situação que demanda indenização.

Terceiro, a depender do tipo de caso penal, supor a possibilidade de uma reparação plena pode até ofender a vítima ou seus familiares. Tratando-se de um homicídio, por

⁶¹² REGGIO, Federico. *Giustizia dialogica...* Op. cit., p. 166.

⁶¹³ REGGIO, Federico. *Giustizia dialogica...* Op. cit., p. 167.

exemplo, o dano é irreparável. Parece presunção crer que há a possibilidade de reparação em todos os casos, e, mesmo que isso seja considerado como limite, uma implicação lógica seria reduzir significativamente a área de incidência de projetos restaurativos. Quando se trata da adoção de um viés reparativo em uma corte, no momento do sentenciamento, a questão fica ainda mais complicada, pois é a instituição dizendo ao sentenciado e ao ofendido quanto vale o dano causado. Isso é comum nas determinações judiciais de indenização, mas na JR tal estipulação reparativa apenas faz sentido se as pessoas envolvidas no caso poderem opinar sobre ela.

Atentando-se a esses fatores, a relevância do encontro não pode ser desconsiderada para fins de restauração. É ele que possibilita a compreensão mútua das causas e consequências das condutas lesivas, uma vez que a interação entre participantes possui o condão não só de culminar na comunicação de reprovação, mas também de angústias e de perdas, viabilizando esclarecimentos. É através do encontro que os sentimentos e reflexões são trabalhados. Se há questões que os participantes gostariam de aprofundar isso não pode ser delegado a segundo plano em prol de um acordo prevendo prestações reparativas.

O entendimento da prestação reparativa como fim único das práticas, reduz a complexidade do conflito e arrisca operar como um acelerador das abordagens, uma vez que, para cumprir com notórias “metas institucionais”, os facilitadores deixariam de priorizar o diálogo para focar na celebração de acordos e assim lidar com mais casos em menos tempo. No contexto institucional brasileiro, no qual o sistema de justiça constantemente determina metas a serem atingidas, essa variável merece consideração.

Ainda, a reparação sob a ótica de um programa não necessariamente corresponderá à ideia de reparação para a vítima. O conceito de reparação, a julgar a vasta gama de consequências possíveis do crime, pode ser encarado como tão ambíguo ou utópico quanto à transformação de percepções. Logo, esta última crítica também não é forte o suficiente para elevar a reparação como o principal fator a ser considerado por propostas restaurativas.

As práticas restaurativas, portanto, devem priorizar a qualidade dialógica do encontro e o seu potencial transformativo em termos relacionais, adotando a reparação de danos como um fator ampliador do grau restaurativo, mas não como um elemento imprescindível para a qualificação da experiência como restaurativa, afinal, há consequências que talvez estejam além da reparação, se não pelos efeitos do crime, pelas condições do próprio autor da ofensa.

Para além dessa discussão, é crucial abordar-se a dimensão e percepção do conceito de perdão nas práticas restaurativas, especialmente porque ao se tratar do diálogo como

uma ferramenta para lidar com o crime, a intuição tende a atrelar o escopo dessas abordagens à reconciliação e, não raro, isso rende a crítica à JR de banalizar a dor das vítimas, a gravidade do crime ou de “passar a mão na cabeça”.

É fato que muitos programas restaurativos, baseados em tradições culturais nativas, são norteados por princípios de cura e harmonização, e isso dialoga com a ideia de perdão. Umbreit e Armour ressaltaram que existem programas pautados na técnica de mediação vítima-ofensor que são inclusive designados como “reconciliação entre vítima e ofensor”. Ao tratarem do tema, os referidos autores iniciaram sua reflexão ponderando que o conceito de perdão possui seis dimensões na JR, sendo multifacetado e condicionado a uma proteção contra a imposição, para não violentar a vontade da vítima⁶¹⁴.

A primeira dimensão corresponde a uma decisão consciente da vítima de se libertar do poder negativo da ofensa sem condenar ou desculpar seu autor. A segunda é o perdão como recolocação do ofensor na posição de um cidadão moral, de modo que a JR é vista como uma forma de reconectar os vínculos comunitários afetados pelo crime. Na terceira, o perdão é concebido como uma ressignificação da experiência do crime e do relacionamento entre os participantes a partir da compreensão da dimensão humana de cada um e da superação de traumas e preconceitos. Na quarta dimensão o perdão é tido como um objetivo eventual, que deve ser considerado pelos mediadores, sem prejudicar a sua imparcialidade, mas que também não é o escopo principal das práticas. Na quinta dimensão, o perdão permeia as práticas como fator positivo e desejado, mas as vítimas devem ser respeitadas em sua individualidade⁶¹⁵. Ou seja, o perdão é implícito e não precisa ser expressado verbalmente, porque para muitas vítimas e para a sociedade, ele pode ser considerado como uma forma de banalizar o mal e o sofrimento, ou mesmo deslegitimar a raiva e a tristeza da vítima. Na sexta dimensão o perdão é encarado como bilateral, uma vez que a prática restaurativa seria uma construção coletiva, logo, a vítima e o ofensor, através de um processo dialógico e horizontal, podem atingir o perdão no sentido de ficar em paz e harmonia com os resultados da abordagem quanto à situação conflitiva⁶¹⁶.

⁶¹⁴ ARMOUR, Marilyn P.; UMBREIT, Mark S. **The Paradox of Forgiveness in Restorative Justice...** Op. cit., p. 4.

⁶¹⁵ ARMOUR, Marilyn P.; UMBREIT, Mark S. **The Paradox of Forgiveness in Restorative Justice...** Op. cit., p. 2-4.

⁶¹⁶ ARMOUR, Marilyn P.; UMBREIT, Mark S. **The Paradox of Forgiveness in Restorative Justice...** Op. cit., p. 4.

As práticas restaurativas então possibilitam o perdão, mas sem forçar a vítima a escolher este caminho⁶¹⁷. A JR reconhece que o perdão pode provocar o bem-estar da vítima, libertando-a do poder negativo do crime e talvez até facilitando a reintegração social do autor da ofensa. No entanto, o perdão é apenas uma possível consequência do processo interativo e da eventual conexão empática entre vítima e autor da ofensa. Talvez o perdão na sua dimensão como harmonia e paz em relação ao crime possa até ocorrer, inclusive expressamente, porém este é um processo subjetivo e íntimo da vítima, não uma diretriz digna de ser considerada pelos programas restaurativos. O perdão não deve ser incitado e sim oportunizado, caso contrário arrisca-se incorrer em revitimização e na descaracterização da função dos facilitadores.

O pedido de desculpas é a forma mais recorrente de desencadear o processo do perdão, mas pressupor que o pedido integra o ritual restaurativo é uma questão polêmica, pois esta suposição desencadeia um novo contexto (bifásico) de desbalanceamento entre vítima e ofensor⁶¹⁸. Em um primeiro momento, a pressuposição de que a vítima tem a expectativa ou a necessidade do pedido de desculpas coloca o autor da ofensa em uma posição de controle, o que pode gerar a revitimização. No segundo momento, quando o autor da ofensa pede o perdão, a vítima figura no controle para aceitar ou não, o que pode gerar ainda mais exclusão e estigmatização caso o perdão não seja aceito e, da mesma maneira, arrisca-se a revitimização caso os presentes demonstrem desapontamento com a postura da vítima em não expressar o perdão. Nesses termos, é crucial que o ofendido e os demais participantes tenham consciência de que a cura é possível sem que o perdão seja explícito⁶¹⁹.

Outro fator relacionado ao perdão é autenticidade da resposta do autor da ofensa, de modo que o enfoque em algo tão mecânico, quanto um pedido, reduz o potencial de um processo que se pretende curativo e empoderador. A empatia facilitaria o perdão ao permitir aos presentes se colocarem no lugar do outro, mas a consolidação da empatia, para Armour e Umbreit, é mais importante do que o pedido de desculpas⁶²⁰.

Quanto à avaliação empírica do perdão, esta é associada principalmente às avaliações de satisfação, as quais podem significá-lo como “fazer as pazes com o passado”,

⁶¹⁷ ARMOUR, Marilyn P.; UMBREIT, Mark S. *The Paradox of Forgiveness in Restorative Justice...* Op. cit., p. 2.

⁶¹⁸ ARMOUR, Marilyn P.; UMBREIT, Mark S. *The Paradox of Forgiveness in Restorative Justice...* Op. cit., p. 6.

⁶¹⁹ ARMOUR, Marilyn P.; UMBREIT, Mark S. *The Paradox of Forgiveness in Restorative Justice...* Op. cit., p. 7.

⁶²⁰ ARMOUR, Marilyn P.; UMBREIT, Mark S. *The Paradox of Forgiveness in Restorative Justice...* Op. cit., p. 7.

“perdoar para seguir em frente”, e isso não necessariamente depende de um pedido. Portanto, o dilema do perdão é importante para a compreensão das práticas restaurativas, pois ter em mente que seu uso como vetor pode corromper a JR e causar mais violência é fundamental para explicitar que o fato dessas abordagens aumentarem as chances do perdão autêntico não significa que o pedido de desculpas e sua concessão são seus fins últimos, tampouco que devem ser incentivados.

Revistos esses fundamentos, a proposta contextualizadora do trabalho implica na análise de como as instituições brasileiras vem manifestando sua compreensão das práticas restaurativas e suas finalidades. Para tanto, novamente é pertinente referenciar as Resoluções nº 118 de 2014 do CNMP e nº 225 de 2016 do CNJ, que são marcos para o Ministério Público e para o judiciário.

O art. 13 da Resolução nº 118 de 2014 do CNMP dispõe que as práticas restaurativas são recomendadas em casos os quais seja viável a busca da reparação dos efeitos da infração através da harmonização entre o autor e a vítima, mirando-se a restauração do convívio social e a efetiva pacificação dos relacionamentos. Percebe-se dessa definição de objetivos que o CNMP manifesta seu entendimento no sentido de que as práticas restaurativas são voltadas à reparação (*reparative theory*), mas uma reparação em sentido muito amplo, que pode, inclusive, atingida pela mera participação em um encontro (*encounter theory*). Aliás, referencia-se a restauração do convívio social harmônico, e harmônico, a nosso ver, pode ser entendido como de acordo com os limites do ordenamento jurídico e em conformidade com os valores partilhados e construídos durante as práticas restaurativas.

É através dessa harmonização que a “pacificação dos relacionamentos” seria atingida, de modo que a disposição do CNMP, em verdade, se aproxima da *encounter* e da *transformative theory*. No dispositivo apontado, o enfoque das práticas e a ideia de reparação recaem sobre o resgate da qualidade e da funcionalidade das interações entre os cidadãos através do engessamento de expectativas em torno dos valores aceitos por eles e abarcáveis pelo ordenamento jurídico. A efetividade desse resgate, todavia, depende da reparação dos efeitos negativos da infração, surgindo o dever de reparação para a vítima e para a coletividade. O termo “coletividade! pode ser lido na disposição como cadeia de relacionamentos humanos afetada pelo crime.

No art. 14 determina-se que, nas práticas desenvolvidas pelo Ministério Público, o infrator, a vítima e outras pessoas ou setores, públicos ou privados, bem como a comunidade afetada participarão em conjunto de encontros mediados por facilitadores,

objetivando-se a construção de plano para reparar ou minorar o dano do crime, reintegrar o infrator e a harmonizar as relações sociais. Os encontros voltam-se à reparação do dano como resultado esperado para a vítima e a harmonização das relações sociais como resultado esperado coletivamente. Demonstra-se novamente que é possível abarcar, de modo coerente, as três vertentes referenciadas em uma única proposta sistemática de práticas restaurativas.

O CNMP, portanto, defende um grau máximo de restauração, ratando da reparação de danos, mas através da interação inclusiva, dialógica e construtiva. Dessa maneira, busca-se consolidar resultados positivos não apenas para a vítima, mas para todos os relacionamentos afetados pela ofensa.

A Resolução nº 225 de 2016, ao turno, admite que as práticas sejam realizadas mesmo que não haja vítima, o que demandaria uma dinâmica envolvendo vítimas indiretas, ou representantes pessoais do bem-jurídico tido como violado. Imagina-se, por exemplo, um caso envolvendo tráfico de drogas em que o agente ofensor seria posto em contato com pessoas cuja vida teria sido lesada pelo uso de drogas. Essa proposta, no entanto, tem alguns aspectos contrastantes com a racionalidade restaurativa. Não é objetivo deste trabalho aprofundar-se neste assunto, pois isso demandaria um estudo específico somente para esse tema. Assim, a título de provocação, elencam-se somente alguns pontos polêmicos do uso de práticas restaurativas para se tratar de crimes sem vítimas específicas.

O primeiro diz respeito à objetificação de pessoas que sofreram com os efeitos de atos lesivos, equiparáveis aos do ofensor, para fins de sensibilizá-lo. Veja-se que essas pessoas, por mais que escolham participar das práticas, estariam sendo usadas como elementos sensibilizadores do autor da ofensa, enquanto, no emergir de sua institucionalização contemporânea, as práticas restaurativas estão atreladas aos movimentos pelos direitos das vítimas e pela conquista do espaço dessas no procedimento decisório. Isso nos leva ao segundo problema: o fato de pessoas desvinculadas da questão específica, por não serem talvez nem indiretamente afetadas pelo crime cometido, atuarem no processo de construção da resposta do caso penal. Essa situação gera o terceiro problema: a desvinculação dos representantes do bem-jurídico afetado em relação ao caso concreto configurar interações que, em vez de sensibilizadoras, tornem-se artificiais quando as circunstâncias e consequências específicas dos atos do ofensor estiverem muito distantes da realidade ou dos casos vivenciados pelas pessoas selecionadas para assumirem o papel de vítima.

Tais problemas podem ser minimizados quando exista uma maior proximidade entre os atos do ofensor e tais pessoas, o que permite a migração de sua categoria de representantes para vítimas indiretas. Pensa-se, por exemplo, em uma empresa que despeja dejetos em um rio, cometendo crimes ambientais, e comprometendo o estilo de vida da população ribeirinha, que precisa deixar de pescar para evitar ser contaminada. É possível realizar uma prática restaurativa que envolva os responsáveis pela empresa e representantes da população ribeirinha, buscando-se maior compreensão das causas e consequências desses atos e a geração de opções para repará-los. Veja-se que, em se tratando de casos de corrupção estrutural e poluição em larga escala, a identificação de quem serão esses representantes de vítimas torna-se mais difícil e os problemas citados ganham maior proporção, de modo que o presente tema merece a devida atenção em estudos específicos.

Retomando-se o conteúdo da Resolução nº 225 de 2016 do CNJ, seu art. 1º, inc. III, aponta que as práticas restaurativas têm como escopo satisfazer as necessidades de todos os envolvidos no caso, responsabilizando-se ativamente aqueles que contribuíram direta ou indiretamente para a ofensa, empoderando-se a comunidade e propiciando-se a reparação do dano e a recomposição do tecido social rompido pelo conflito, bem como suas consequências futuras. Essa definição empresta o conceito de Tony Marshall de JR especialmente em sua parte final, quando trata das consequências do conflito para o futuro. A norma também abraça, como fez a Resolução do CNMP, aspectos da teoria da reparação e do encontro, ao tratar de empoderamento. Quando, por exemplo, o art. 1º, §1º inc. I, define as práticas restaurativas como formas diferenciadas de tratar conflitos que visam à conscientização sobre os fatores relacionais, institucionais e sociais motivadores de conflitos e violência, a teoria do encontro é utilizada.

Baseando-se, portanto, na linha purista, na compatibilização das propostas das vertentes reparativa, transformativa e do encontro, e na necessidade de responsabilização do ofensor, trabalhada na obra “*Accountability in Restorative Justice*”⁶²¹, de Declan Roche, e na obra “*Debating Restorative Justice*”, de Chris Cunneen e Carolyn Hoyle⁶²² entendo como objetivos principais e interligados das práticas restaurativas: (i) possibilitar, a partir de um espaço seguro e democrático de diálogo, a transformação da experiência da vítima, do autor da ofensa e das pessoas (in)diretamente afetadas em objetos de narrativa; (ii) permitir que as pessoas possam ter acesso a mais informações para compreender as escolhas e circunstâncias que resultaram na prática delituosa e as consequências dela para

⁶²¹ ROCHE, Declan. **Accountability in Restorative Justice**. New York: Oxford University Press, 2003.

⁶²² CUNNEEN, Chris; HOYLE, Carolyn. **Debating Restorative Justice**...Op. cit., p.10, 12.

suas vidas; **(iii)** oferecer um espaço seguro e respeitoso para a “prestação de contas” do ofensor à vítima e/ou aos familiares desta, oportunizando-se a responsabilização desse por essas; **(iv)** viabilizar interações e reflexões que favoreçam o desenvolvimento de empatia e à restauração das relações afetadas pelo conflito, a fim de que os participantes se reconheçam como cidadãos dignos de respeito; **(v)** formular um plano/acordo/declaração que culmine na censura ao ato delituoso e permita minimizar as consequências negativas do delito, restabelecendo-se a harmonia dos relacionamentos afetados em conformidade com os valores expressados pelos participantes dessas práticas e com o ordenamento jurídico⁶²³. Tudo isso seria atestável, por exemplo, por meio de pesquisas de satisfação, entrevistas com os envolvidos e verificação do cumprimento de eventual acordo firmado.

3.3 Os atores envolvidos nas práticas restaurativas

3.3.1 A ressignificação da vítima (ofendido) e do ofensor: protagonistas das práticas restaurativas e etiquetas que merecem ponderações

Edgard Bittencourt apontou que o conceito de vítima é multifacetado, remetendo originalmente à pessoa ou animal sacrificado à divindade, e juridicamente, àquele que sofre a ameaça ou lesão de bem jurídico tutelado pelo direito penal, ou mesmo indivíduo que sofre as consequências do crime⁶²⁴. A palavra vítima remonta do latim (*victimia* e *victos*) e significa vencido, dominado, abatido⁶²⁵, representando a sujeição desta ao ato do ofensor que a reduziu a um objeto de sua intervenção criminosa.

Reconhecidos como os protagonistas das práticas restaurativas, a vítima e o autor da ofensa representam o binômio complementar que surge a partir de um crime. Como constatado, na realidade material, tais categorias migram constantemente uma para a esfera da outra, por isso, tem-se que os termos “autor da ofensa” e “vítima da ofensa/ofendido” não possuem uma carga simbólica estigmatizante como “ofensor” e “vítima”, deixando clara o caráter contextualizado da designação, a responsabilidade de ambas as “partes de fato” e os cuidados que devem ser direcionados a cada uma quando da condução das práticas restaurativas.

⁶²³ GIAMBERARDINO, André Ribeiro; SILVA, Mário Edson Passerino Fischer da. *Justiça Restaurativa e Crimes Culpados de Trânsito...* Op. cit., p. 17.

⁶²⁴ BITTENCOURT, Edgard de Moura. **Vítima**. São Paulo: Editora Universitária de Direito Ltda., 1978, p. 51.

⁶²⁵ MAYR, Eduardo. *Atualidade e Vitimologia*. Em: Kosovski, Ester; MAYR, Eduardo; PIEDADE JR., Heitor. **Vitimologia em debate**. Rio de Janeiro: Editora Forense, p. 11-23, 1990, p. 11.

A fluidez fática das categorias mencionadas é mais evidente em relações continuadas, nas quais pessoas que vivenciam um relacionamento não saudável ofendem-se mutuamente. Entretanto, uma vítima de assalto (geralmente) nada fez para ofender aquele que tomou seu bem, de forma que, embora a pureza dos conceitos “vítima” e “ofensor” possa ser reducionista, ela parece bem objetiva e clara em circunstâncias episódicas como essa.

Tal dicotomia é uma das bases das práticas restaurativas, especialmente porque a ressignificação do crime enquanto uma ofensa a pessoas de carne e osso e a relacionamentos pressupõe que haja um responsável pelo ato delituoso e pessoas que o suportaram. Isso fica claro em qualquer vertente porque as práticas devem ter esse binômio como pressuposto, uma vez que seu escopo não é investigativo e sim reflexivo. Essas reflexões, ao seu turno, dependem da consciência pelos facilitadores acerca de quem está na posição de ser censurado e quem está na posição de responsabilizar (lembrando que estamos falando aqui da área criminal).

Na *reparitive theory*, os papéis de “credor” e “devedor” são necessários para se estipular quem será o principal responsável pela reparação. Na ótica da *transformative theory* e da *encounter theory*, que prezam mais pelo diálogo e pela prestação de contas (*accountability*), a tendência é que, assim como a vítima tem a faculdade de tornar a sua experiência negativa um objeto de narração e então responsabilizar o ofensor, este poderá “*to account*” trazendo sua história e explicando o que o levou a ofender, podendo posteriormente buscar meios materiais e simbólicos de reparar o dano.

Voltando ao exemplo inicial, partindo da premissa da fluidez e de que a maioria das pessoas não assalta por prazer, pressupõe-se que o ofensor tenha sofrido e, portanto, sido ofendido em algum ponto de sua existência, o que pode ter contribuído com a sua escolha de ofender. Assim, nomear alguém como “ofensor” reduz a sua identidade a um *status* negativo, o qual soa lógico em casos criminais, mas desconsidera todo o potencial e as ações menos, ou não reprováveis, já realizadas pelo sujeito ao longo de sua vida. Essa ponderação pode parecer banal, mas considerando que as práticas restaurativas adotam a técnica do compartilhamento de histórias, especialmente na metodologia da circular narrativa e justamente para favorecer interações empáticas, partir da premissa de que o sujeito é um “ofensor” é ressaltar etiquetas é que produzem a estigmatização e segregação, como faz o sistema penal. Portanto, não se pode desconsiderar a potencial complexidade do conflito, possíveis contextos sociais que o envolvem (especialmente na realidade de

desigualdade social e heterogeneidade latino-americana) e a profundidade da dimensão humana de cada envolvido nele.

Designar alguém como ofensor soa um eufemismo quando comparado “ao criminoso”, ou ao “meliante”, porém, em uma ótica restaurativa, que visa à promoção da alteridade, tal estigmatização não é saudável, assim como reforçar a condição de vítima como ofendido também é “desempoderador”. Por isso, é importante deixar claro que o fato de alguém ter cometido ou sofrido um crime não o prende eternamente à categoria de ofensor ou de ofendido, embora, no caso concreto, reconhecer quem é responsável e quem pode responsabilizar e receber uma reparação é fundamental para as reflexões desenvolvidas, pois as práticas restaurativas não tem o escopo investigativo para imputar autorias, elas as pressupõem.

Se o papel da JR também é propiciar a alteridade, é importante que tal fator se faça presente não apenas durante a abordagem prática, e sim também em seu estudo e na nomenclatura que utiliza. Desse modo, pode-se facilitar o diálogo de ambos os envolvidos no conflito desde o início, unindo-lhes por um ponto comum: o conflito, e não os separando como seres humanos perpetuamente antagônicos (ofensor e ofendo). Por isso que “responsável pela ofensa x” e “pessoa que sofreu a ofensa x” são formas de tratamento que evidenciam quem está na posição de “prestar contas” (*to account*) e quem seria o credor dos esclarecimentos e de eventual dever de reparação, sem, para tanto, recorrer-se a conceitos estigmatizadores.

As práticas restaurativas, porém, intentam oferecer uma atenção especial à vítima e isso não pode ser desconsiderado. Portanto, a diretriz ainda implícita de responsabilização e de censura de quem cometeu a ofensa, coloca o autor da ofensa em uma posição de devedor. Diz-se diretriz e não dever porque, na perspectiva purista, na qual vigora a voluntariedade, o responsável pela ofensa pode optar durante a prática por não reconhecer sua responsabilidade ou não aceitar a censura, deixando, desse modo, de participar dela.

Paul McCold lembrou que todos os envolvidos nas práticas restaurativas possuem responsabilidades que emergem a partir da coexistência de necessidades abordadas durante as práticas. Nesse sentido, o autor aponta que a primeira necessidade da pessoa que sofreu o crime é a segurança, a qual seria atendida por meio da certeza de que ela não será ofendida novamente ou colocada em uma posição passiva. Para tanto, o ofendido pelo crime tem a responsabilidade, consigo mesmo, de pedir ajuda, de expressar o que precisa a partir do compartilhamento da sua história e de pedidos, como também a autorresponsabilidade de se permitir encarar a sua dor, de quebrar o silêncio e de buscar fazer as pazes com o passado

para poder seguir em frente⁶²⁶. Importante pontuar que a responsabilidade, que o autor fala em relação ao ofendido, não é um dever, mas algo que só pode ser assumido por este.

Para McCold, o autor da ofensa precisa de estrutura e do reencontro com seu valor enquanto ser humano, pois ele é lesado por seu próprio comportamento e sofreria em razão da diminuição de suas pretensões sociais em face da estigmatização⁶²⁷. Ao contar sua história, o autor da ofensa percebe e propicia aos demais participantes a chance de perceberem a influência das circunstâncias na sua opção pela prática delitiva. Quando esse autor reconhece a sua responsabilidade, ele também toma consciência de que pode fazer escolhas e que elas têm um preço. Esse preço, na ótica restaurativa, é o dever de prestar contas ao ofendido, escutando-o, compreendendo a dimensão do mal cometido, permitindo-se entender a reprovabilidade do mal perpetrado e então assumir deveres para reparar ou minimizar seus danos. Cabe às práticas restaurativas fornecerem um modelo de responsabilização pela via da cooperação e da participação dos envolvidos no processo decisório sobre o que fazer com o caso penal.

Outra observação é que participação para vítima e o ofensor depende de custos e benefícios, e, por vezes, o impacto da ofensa é tão ínfimo e a expectativa de benefícios tão pequena ao ofendido que tanto ele quanto o autor da ofensa tendem a não aderir à prática. Nesse sentido, a fase preparatória, pré-autocomposição, é muito importante, pois é nela que os convidados sopesarão os riscos e benefícios de sua participação ao receberem as devidas explicações acerca do funcionamento do programa restaurativo⁶²⁸.

Para os autores da ofensa, um fator de incentivo para a adesão são os eventuais benefícios que poderão obter no caso de enfrentarem um julgamento ou mesmo a possibilidade de evitarem a persecução penal. Em contrapartida, dentre os motivos elencados para a não-adesão aos programas tem-se: o medo, da vítima ou do autor da ofensa, de serem confrontados pela outra parte e sua família, a apreensão de perder o controle por raiva, a vergonha e a falta de interesse em perder mais tempo com a situação⁶²⁹.

Além disso, tem-se o risco dos processos restaurativos causarem ainda mais trauma ou ressaltarem as iniquidades de poder, uma vez que, por mais bem conduzidas que sejam, os participantes podem se expressar de modo violento. Nesse diapasão, Walgrave ponderou que grande parte dos programas públicos de JR é orientada à contenção dos efeitos

⁶²⁶ MCCOLD, Paul. Toward a Mid-Range Theory of Restorative Criminal Justice... Op. cit., p. 7-8.

⁶²⁷ MCCOLD, Paul. Toward a Mid-Range Theory of Restorative Criminal Justice... Op. cit., p. 8.

⁶²⁸ WALGRAVE, Lode. Investigating the Potentials of Restorative Justice Practice... Op. cit., p. 104-109.

⁶²⁹ WALGRAVE, Lode. Investigating the Potentials of Restorative Justice Practice... Op. cit., p. 106.

punitivos sobre os ofensores e a sua reintegração social, enquanto os interesses das vítimas ficam subordinados aos aspectos pedagógicos aliados à produção da censura. Assim, é importante ter-se em mente o risco da história da vítima ser utilizada mais para sensibilizar o ofensor do que para determinar apropriadamente a orientação das ações restaurativas voltadas à harmonização das relações e à reparação de danos⁶³⁰. A vítima não pode ser reificada, pois do contrário as práticas restaurativas reproduzirão, simbolicamente, a violência do crime.

A JR concebe o ofensor como um agente moral capaz de assumir responsabilidades e criar opções construtivas em condições adequadas, de modo que suas práticas devem favorecer a concretização desses aspectos. Desse modo, na visão de Walgrave, a melhor ferramenta para possibilitar uma transformação da perspectiva do autor da ofensa e sensibilizá-lo é a motivação, e, portanto, as práticas devem conceder chances “para o ofensor descobrir várias formas positivas de ser alguém”⁶³¹.

Segundo o referido autor, o ofensor está implicado na JR não porque algo deva ser feito com ele, mas sim pelo seu dever de promover a restauração⁶³². Trabalhar com uma mudança de conduta, sob esse raciocínio é secundário em relação a tal responsabilidade⁶³³. Trata-se de uma visão calcada na *reparative theory*.

Dentro da perspectiva do encontro a dicotomia conceitual de ofendido-ofensor tem a finalidade de definir escolhas e cautelas procedimentais que impeçam a revitimização e viabilizem interações que favoreçam a preservação do bem-estar da vítima e a reprovação dos atos que a lesaram. Apesar desse intuito, em um contexto cuja sombra do sistema penal paira sobre os programas públicos de JR, a autenticidade e espontaneidade das interações e resultados é mitigada por uma coação institucional implícita que os autores de ofensa sofrem ao cogitarem a possibilidade da punição.

Na visão supracitada, antes de serem abstrações conceituais que remetem a identidades arriscadamente reducionistas, o responsável pela ofensa e aquele que a sofreu são seres humanos multidimensionais inseridos em um sistema social cuja tendência é a terceirização de soluções a especialistas. Assim, para a JR, cabe às instituições oferecerem a ambos um espaço democrático, dialógico e seguro para falar sobre o caso, bem como contribuir com a fiscalização do acordo e com a efetivação de direitos fundamentais desses.

⁶³⁰ WALGRAVE, Lode. Investigating the Potentials of Restorative Justice Practice... Op. cit., p. 105-106.

⁶³¹ WALGRAVE, Lode. Investigating the Potentials of Restorative Justice Practice... Op. cit., p. 115-116.

⁶³² WALGRAVE, Lode. **Imposing Restoration Instead of Inflicting Pain**... Op. cit., p. 61.

⁶³³ WALGRAVE, Lode. **Imposing Restoration Instead of Inflicting Pain**... Op. cit., p. 62.

3.3.2 *A polêmica figura da comunidade: de categoria pressuposta a um ideal a ser atingido*

O termo “comunidade” aparece em quase todos os escritos sobre JR. Isso não é surpresa, afinal, tal paradigma se assenta em premissas fortemente influenciadas por culturas tradicionais e ideais comunitaristas. Dentre as várias concepções restaurativistas adotadas em relação ao termo, a comunidade pode ser interpretada como uma das vítimas do crime, como sujeito cointeressado na questão conflituosa, como fonte de individuação de comportamentos (define aquilo que é aceitável), como titular do conflito social, como tecido de relações sociais, etc⁶³⁴. Para nós, a comunidade é um grupo de pessoas que compartilham elementos de convivência em comum e reconhece a existência de uma identidade coletiva. Como exemplos dos elementos compartilhados, pode-se citar o território, rotina, cultura, língua, valores e, principalmente, a identidade coletiva.

Ao abordar o papel dos representantes da comunidade nas práticas restaurativas, Paul McCold apontou que a comunidades na qual o crime ocorreu tem uma necessidade de segurança, devendo ser assegurada de que medidas para promovê-la serão tomadas e que os danos causados poderão ser reparados, o que realça a reprovabilidade do ato criminoso. Ao serem inseridos nas práticas restaurativas, os membros da comunidade têm a responsabilidade de não usurpar a titularidade do conflito e o direito de expressão dos protagonistas vítima e ofensor, além de poderem incentivar reflexões no intuito de prestar apoio a estes para que a necessidade de segurança seja atendida⁶³⁵. Os membros da comunidade também podem contribuir com a fiscalização informal de acordos eventualmente firmados, com emissão de juízos de censura sobre o autor da ofensa, com o acolhimento das histórias dos protagonistas e com propostas que talvez sequer fossem cogitadas caso eles não estivessem presentes na prática restaurativa.

McCold dividiu o conceito em “macro comunidade” (critério de extensão territorial) e a “micro comunidade” (critério relativo ao grau de intensidade das relações entre os seres humanos). Walgrave abordou a questão tratando a comunidade como uma teia de relações de proximidade e como grupo de pertencimento enquanto Reggio a compreendeu como um projeto cultural da JR a ser atingido pela consolidação de um paradigma que propugna a interação dialógica como meio essencial de transformação construtiva-relacional de casos penais⁶³⁶.

⁶³⁴ REGGIO, Federico. *Giustizia dialogica...* Op. cit., p. 90, 97-99.

⁶³⁵ MCCOLD, Paul. *Toward a Mid-Range Theory of Restorative Criminal Justice...* Op. cit., p. 10.

⁶³⁶ REGGIO, Federico. *Giustizia dialogica...* Op. cit., p. 92.

Para este último autor, a comunidade na JR é dada como pressuposta, mas por vezes remete a um “nós” que não necessariamente existe, o que culmina na referência a um conceito que, por mais atraente que seja, é vago e contraditório⁶³⁷. Nesse sentido, Walgrave observou que em uma parcela significativa de casos um ofensor e um ofendido pertencentes a realidades e grupos sociais diferentes, não sendo correto pressupor que as pessoas convidadas para representar a comunidade dos protagonistas do conflito (vitimado e autor da ofensa) representem ambos ao mesmo tempo. O autor também ressaltou que as comunidades não são boas em si, inclusive porque, em seu nome e em sua defesa, estigmatizações e agressões podem ser cometidas (cita episódios históricos de caça às bruxas nos EUA e na Inglaterra)⁶³⁸.

Em “Um olhar crítico sobre o papel da comunidade nos processos restaurativos”, Fernanda Rosenblatt refletiu que o ideal comunitário é invocado nos textos restaurativos sob a premissa de que a comunidade: (i) “falaria a mesma língua das partes”; (ii) teria sido afetada pelo conflito e (iii) poderia enriquecer reflexões e auxiliar os envolvidos nas práticas restaurativas com o cumprimento de eventual termo do consenso (por aumentar seu controle informal)⁶³⁹. A autora acautelou, contudo, que tais premissas ainda não foram verificadas empiricamente.

O otimismo em relação às possíveis funcionalidades da ideia de comunidade pode mascarar os riscos inerentes à participação dos representantes dessa dita figura, como por exemplo: (i) a mitigação do espaço de fala e, portanto, de relevância dos protagonistas; (ii) a imposição de valores externos não compartilhados pelos protagonistas; (iii) a promoção de constrangimentos que comprometam a espontaneidade das interações e incitem conclusões não reconhecidas como legítimas pelos protagonistas⁶⁴⁰.

Ato contínuo, Rosenblatt, citando Hudson, refletiu acerca da coerência em se adotar a figura da “comunidade” em um contexto social moderno no qual as relações são marcadas por “alianças instáveis e temporárias”, de tal maneira que não se deve presumir que os indivíduos realmente se conhecem ou estejam comprometidas com as mesmas causas. Citando Bauman, a autora afirmou ser mais adequado supor que a abordagem restaurativa contribua para a formação de uma comunidade estética, a partir do fortalecimento ou da

⁶³⁷ REGGIO, Federico. *Giustizia dialogica...* Op. cit., p. 91.

⁶³⁸ WALGRAVE, Lode. *Imposing Restoration Instead of Inflicting Pain...* Op. cit., p. 68.

⁶³⁹ ROSENBLATT, Fernanda. Um olhar crítico sobre o papel da comunidade nos processos restaurativos. **Sistema Penal & Violência - Revista Eletrônica da Faculdade de Direito da PUCRS**, Porto Alegre, Volume 6, Número 1, p. 43-61, janeiro-junho, 2014, p. 45-46.

⁶⁴⁰ ROSENBLATT, Fernanda. Um olhar crítico sobre o papel da comunidade nos processos restaurativos... Op. cit. p. 54, 57.

criação de vínculos entre as pessoas, do que pressupor que essa comunidade exista previamente à realização das práticas restaurativas⁶⁴¹.

Na experiência brasileira os membros da comunidade são representados pelos chamados “apoiadores”, os quais correspondem às pessoas indicadas pelos envolvidos diretamente no caso penal, ou cujo relacionamento com o participante protagonista tenha sido afetado pelo crime. Estes apoiadores podem contribuir com a formulação de uma resposta à situação, oferecendo segurança às partes de fato, aconselhando, etc. Não raro eles são parentes, vizinhos, ou amigos dos protagonistas, que conhecem suas histórias e presenciaram a sua vivência em relação às consequências negativas do caso penal. Na prática, portanto, a comunidade acaba por ser simbolizada pelos apoiadores.

Os incisos do art. 9º da Resolução nº 225 de 2016 do CNJ, por exemplo, determinam que os facilitadores busquem incluir nas práticas restaurativas, para além daqueles direta ou indiretamente responsáveis ou afetados pelos fatos, pessoas que possam apoiá-los durante a autocomposição, favorecendo a não reincidência. Veja-se, portanto, que uma das funcionalidades principais desses apoiadores, segundo a normativa, é contribuir com o controle social informal dos responsáveis pela ofensa⁶⁴². Além disso, a resolução, no art. 10º, reconhece a comunidade como uma das titulares do conflito enquanto afetada por ele, de maneira que define como um dos deveres dos facilitadores “comunicar a comunidade do local onde ocorreu o fato danoso acerca do êxito das práticas restaurativas” (leia-se “consenso”)⁶⁴³. A resolução, todavia, não aponta como será feita essa comunicação ou quem da “comunidade” precisaria ser informado.

Partindo da ideia de que a empatia e responsabilização podem dissuadir a prática criminosa e que, neste sentido, John Braithwaite encontrou mais uma possível função para a participação comunitária nas práticas restaurativas. Para, formulador da teoria da vergonha reintegradora, ao contrário dos extremos da tolerância e da segregação pela via da estigmatização, a desaprovação do ato criminoso pela via da censura comunicada pelos

⁶⁴¹ ROSENBLATT, Fernanda. Um olhar crítico sobre o papel da comunidade nos processos restaurativos... Op. cit., p. 54-57.

⁶⁴² “Art. 9º. As técnicas autocompositivas do método consensual utilizadas pelos facilitadores restaurativos buscarão incluir, além das pessoas referidas no art. 1º, § 1º, V, a, desta Resolução, aqueles que, em relação ao fato danoso, direta ou indiretamente: I – sejam responsáveis por esse fato; II – foram afetadas ou sofrerão as consequências desse fato; III – possam apoiar os envolvidos no referido fato, contribuindo de modo que não haja recidiva”. Em: BRASIL. **Resolução nº 225 de 31 de maio de 2016...** Op. cit.

⁶⁴³ “Art. 10. Logrando-se êxito com as técnicas referidas no artigo anterior, a solução obtida poderá ser repercutida no âmbito institucional e social, por meio de comunicação e interação com a comunidade do local onde ocorreu o fato danoso, bem como, respeitados os deveres de sigilo e confidencialidade, poderão ser feitos encaminhamentos das pessoas envolvidas a fim de atendimento das suas necessidades”. Em: BRASIL. **Resolução nº 225 de 31 de maio de 2016...** Op. cit.

representantes da comunidade, além de representar um ato de respeito pelo autor da ofensa, que é reconhecido como agente racional capaz de compreender a reprovabilidade de sua conduta e de reconhecer os valores prezados pelo coletivo, viabiliza um ritual de (re)conexão entre ele e a coletividade que viabiliza o debate sobre as causas e consequências da ofensa⁶⁴⁴. Assim, o ato lesivo passa a ser visto como um problema compartilhado, de tal modo os representantes da comunidade (apoiadores) assumem compromissos e posturas para prevenir a sua repetição, contribuindo com a reintegração social do autor da ofensa e com o reconhecimento dos deveres de reparação para com a vítima, cuja história pode ser ouvida.

Ademais, a participação comunitária, em teoria, é benéfica para promover a coesão, ainda que a comunidade seja formada a partir das práticas restaurativas e se contextualize somente durante a sua execução. Isso porque os compromissos assumidos pelos apoiadores e a possibilidade desses atuarem como fiscais informais de eventual acordo favorece uma resposta inclusiva ao caso penal e, pela sua mera participação na prática, contribui para o esclarecimento e desmistificação deste, o que aumenta a sensação de segurança coletiva e favorece a não-estigmatização do autor da ofensa, harmonizando-se assim a cadeia de relacional indiretamente afetada pelo conflito.

3.3.3 Os mediadores facilitadores: um ofício que abdica do controle para o exercício do cuidado

Os mediadores facilitadores são assim chamados pois seu trabalho consiste em facilitar a interação horizontal e compreensiva entre os participantes, oferecendo-lhes um espaço seguro e democrático de reflexão por meio do desenvolvimento de canais de comunicação entre todos, aumentando as chances de compreensão mútua. Na perspectiva *reparative*, o facilitador deve conduzir as dinâmicas e perguntas da abordagem mirando a celebração de um acordo de restaurativo. Na linha da *encounter theory*, a sua postura se restringe a conduzir a prática de acordo com as técnicas selecionadas e zelar pela segurança física e bem-estar emocional dos participantes durante as interações.

O facilitador por sua mera presença, afeta o sistema no qual atua e que se forma na medida em que os mediandos e ele interagem. Apesar disso, um facilitador não é intervencionista para além dos momentos de tensão que demandem a cessação o de violências ou o acolhimento emocional dos participantes. Mesmo em um modelo

⁶⁴⁴ BRAITHWAITE, John. **Reintegrative Shaming**. Canberra: Australian National University, 2000, p. 9-10.

maximalista, em que a reparação é o enfoque prioritário, entende-se que o mediador facilitador não pode exprimir julgamentos sobre os envolvidos, muito menos aconselhá-los, afinal eles são os proprietários do conflito e a JR da primazia a participação ativa por partes dos titulares originários do conflito. Isso não significa que o facilitador fica distante das partes de fato como um mero condutor de dinâmicas. A figura do facilitador participante, por exemplo, faz-se presente em práticas restaurativas circulares e conferências familiares, em que o compartilhamento de histórias e valores pelo próprio facilitador contribui com o clima de empatia e de conexão relacional que se pretende criar⁶⁴⁵. O facilitador, no entanto, não controla os assuntos que emergirão a partir de suas perguntas e nem busca a levar o grupo rumo a um resultado ou outro. Seu papel é resguardar a segurança e incentivar os participantes a se engajarem para compartilharem responsabilidades⁶⁴⁶.

A atuação participante do facilitador deve ser funcional para favorecer a expressão das partes de fato e fornecer modelos de condutas que contribuam para a vivência de uma autêntica experiência de alteridade. Dessa forma, o facilitador pode expressar seus valores e sua história ao responder, por exemplo, perguntas norteadoras de cunho mais geral, mas não pode se tornar o centro das atenções e tomar mais tempo do uso da palavra do que o necessário. Quando se aborda o conflito, por exemplo, não cabe aos facilitadores se expressarem, pois tal questão é pertinente somente aos protagonistas.

Segundo Juan Carlos Vezzulla, ao contrário do advogado, ou do juiz, o mediador facilitador não é relevante para oferecer respostas a um problema, mas é requisitado pois sua intervenção pode facilitar o exercício da autodeterminação das pessoas em conflito, possibilitando a gestão autônoma, segura e dialógica da questão⁶⁴⁷. Essa conclusão se assenta em uma premissa intuitiva, pois, afinal de contas, o mediador reconhece que a transformação efetiva do problema depende da transformação de percepções e posturas e não de fórmulas exatas, como referenciado por Dietrich ao diferenciar resolução de transformação. O trabalho do facilitador consiste também em despertar nas pessoas o seu próprio saber e a consciência de que ele pode ser usado para favorecer a comunicação e a cooperação rumo a superação de questões negativas.

Assim, Vezzulla apontou que o mediador deve ser capacitado a não saber, a não pensar que sabe as respostas para solucionar o caso. Ele deve ser objeto de sua prática em

⁶⁴⁵ FELLEGI, Borbála; SZEGŐ, Dóra. **Handbook for Facilitating Peacemaking Circles**. Budapest (Hungary): P-T Műhely, European Commission, DG Justice, Freedom and Security, 2013, p. 15.

⁶⁴⁶ PRANIS, Kay; BOYES-WATSON, Carolyn. **No Coração da Esperança**: guia de práticas circulares. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, 2011, p. 41.

⁶⁴⁷ VEZZULLA, J. C. . **Ser Mediador, Reflexões**. Em: Lília Maria de Moraes Sales. (Org.). Estudos sobre Mediação e Arbitragem. 1ed., Rio de Janeiro: ABC Editora, v. 1, p. 113-121, 2003, p. 113-116.

favor dos sujeitos mediados, caso contrário os converterá em colonizados e não agirá como agente empoderador. Reconhecer nos mediados o potencial conhecimento para transformar o conflito é uma premissa para incentivar a sua autonomia a fim de que atuem como os legítimos proprietários desse⁶⁴⁸.

Sendo um adepto da vertente transformativa, Vezzulla ressaltou a máxima de Bush e Folger de que a revalorização e o reconhecimento dos próprios mediados é o objetivo a ser alcançado pelo mediador facilitador⁶⁴⁹. É fundamental que o trabalho do facilitador, portanto, propicie condições seguras para a superação das dificuldades interacionais a fim de que as partes de fato estejam condições de dialogar empaticamente e de enfrentar seus problemas por meio do reconhecimento do seu valor e do valor do outro⁶⁵⁰.

O facilitador também tem a incumbência de manter o sigilo e respeitar a autonomia das partes, ciente de que cada mediação é única e que cada mediando possui necessidades e demandas específicas⁶⁵¹. Para o facilitador, segundo Vezzulla, não existem culpados e inocentes, nem verdades ou mentiras, de modo que o enfoque de seu trabalho deve recair sobre a responsabilidade, o respeito e a cooperação⁶⁵².

Ressalta-se que mesmo os fundamentos que o autor fornece provindo de sua experiência com a mediação nas áreas de direito cível e de família, os pressupostos mencionados sobre a conduta esperada do facilitador são aplicáveis também nas práticas restaurativas atinentes ao campo penal. Isso porque, antes de se tratar de uma mediação voltada a uma seara ou outra, Vezzulla está apresentando a sua visão sobre a mediação transformativa, que se centra na proteção da autonomia das partes de fato para que construam respostas adequadas ao crime. Assim, um mediador-facilitador parte da premissa de que os mediados são os responsáveis pelo trabalho de assumir responsavelmente a gestão de suas vidas e futuros (princípio da autodeterminação)⁶⁵³.

O mediador deve perceber racionalmente o que vivencia sensivelmente, refletindo sobre possíveis intervenções para organizar e objetivar sua percepção e a reação que o levou a sentir e decidir de tal maneira. Assim, espera-se que dentre as suas habilidades estejam: a atitude cooperativa, o respeito e tolerância com a diversidade, a escuta ativa, o

⁶⁴⁸ VEZZULLA, J. C. **Ser Mediador, Reflexões...** Op. cit., p. 117-118.

⁶⁴⁹ VEZZULLA, J. C. **Ser Mediador, Reflexões...** Op. cit., p. 119

⁶⁵⁰ VEZZULLA, J. C. **Formando Formadores:** ou como conseguir desenvolver as habilidades de um mediador para poder formar outros. Em: ALMEIDA, Tania; PELAJO, Samantha; JONATHAN, Eva (Org.). **Mediação de Conflitos para iniciantes, praticantes e docentes.** Salvador: JusPodivm, v. 1, p. 895-918, 2016, p. 899.

⁶⁵¹ VEZZULLA, J. C. **Ser Mediador, Reflexões...** Op. cit., p. 120.

⁶⁵² VEZZULLA, J. C. **Formando Formadores...** Op. cit., p. 870

⁶⁵³ VEZZULLA, J. C. **Formando Formadores...** Op. cit., p. 910.

acolhimento, a auto-observação, a objetivação, a incorporação dos comentários feitos pelos participantes como pontos relevantes para reflexão e a integração com os colegas comediadores⁶⁵⁴.

A atuação do facilitador depende do exercício contínuo de uma escuta ativa, permeada pela realização de perguntas, resumos das contribuições apresentadas pelos participantes e paráfrases para facilitar a compreensão da fala alheia. Agindo assim, o facilitador propicia momentos para recontextualizações e novas percepções de dados que podem ser transformados em informações esclarecedores e opções pelos participantes⁶⁵⁵. O facilitador precisa então entender as visões dos envolvidos e as dimensões relacionais do caso penal com profundidade, e isso somente é possível por meio da escuta.

Ser um mediador facilitador, para Vezzulla, significa desenvolver uma sensibilidade e uma racionalidade que viabilizem a devida aplicação de técnicas dialógicas e uma convicção ética de que existe, nesse ofício, um compromisso social emancipador para com o mediado⁶⁵⁶. Esse compromisso se relaciona com a função de despertar no mediado a sua autopercepção enquanto sujeito moral capaz de atuar dialógica e cooperativamente para transformar sua realidade.

Para desenvolver as habilidades supracitadas em benefício dos mediados e atuar de modo ético, os facilitadores não podem guardar conflito de interesses com o tema da mediação, pois isso comprometeria a sua imparcialidade e seu dever com o balanceamento das interações entre os envolvidos no caso penal. Um facilitador que possui aversão a determinado tipo de crime, por exemplo, deve agir honesta e humildemente e reconhecer que talvez não seja a melhor pessoa para atuar em casos do gênero⁶⁵⁷.

Como desafios típicos da facilitação em práticas restaurativas, têm-se os desequilíbrios com os quais o facilitador terá que lidar em determinados casos. Em um país com profunda desigualdade social como o Brasil, tais situações se mostram corriqueiras, mas não são, por si só, impeditivos à realização das práticas restaurativas⁶⁵⁸. Eventual ajuste, ou tentativa de estabelecer um equilíbrio no diálogo, ainda que circunstancial, depende também do conhecimento técnico, da sensibilidade e da criatividade do facilitador.

Por exemplo, casos de violência de gênero demandam precauções especiais para evitar a revitimização. Pode ser prudente que a mulher agredida, se desejar, participe de um

⁶⁵⁴ VEZZULLA, J. C. **Formando Formadores...** Op. cit., p. 896.

⁶⁵⁵ ALMEIDA, Tania. **Caixa de Ferramentas em Mediação: Aportes práticos e teóricos**. 2 ed., São Paulo: Dash Editora, 2016, p. 170.

⁶⁵⁶ VEZZULLA, J. C. **Formando Formadores...** Op. cit., p. 896.

⁶⁵⁷ ALMEIDA, Tania. **Caixa de Ferramentas em Mediação...** Op. cit., p. 159-160.

⁶⁵⁸ ALMEIDA, Tania. **Caixa de Ferramentas em Mediação...** Op. cit., p. 159.

trabalho prévio de sensibilização e acolhimento para se preparar para o encontro com seu agressor. Isso porque, não raro, em contextos de expressiva manifestação da cultura machista e de noções de masculinidade tóxica, a própria vítima pode validar a agressão que sofre. Com o autor da agressão, a seu turno, seria cauteloso que este participasse de discussões sensibilizadoras para tensionar suas perspectivas reificadoras sobre a mulher. Nada disso é simples, e lidar com o dever de promover um diálogo equilibrado, sem atuar prescritiva ou violentamente, é um dos grandes desafios do facilitador.

Os desequilíbrios entre mediados podem ser de diferentes naturezas – hierárquico, intelectual, social, financeiro, relativos à capacidade de expressão - e caberá ao facilitador adotar, quando vislumbrar essa possibilidade, estratégias para promover a horizontalidade. Dentre essas medidas pode-se citar a seleção de apoiadores que fomentem o equilíbrio interacional até a adoção de dinâmicas que permitam ao polo mais vulnerável se expressar de modo seguro.

Relembra-se que há casos em que autor da ofensa e vítima não possuem um relacionamento anterior ao fato delituoso, podendo até pertencer a realidades sociais diferentes. Assim, nem sempre ambos possuem o mesmo grau de instrução, ou se expressam do mesmo modo. Diante disso, o facilitador também opera como tradutor de mensagens entre os envolvidos, o que requer a compreensão do próprio facilitador a compreensão dessas linguagens diversas um *background* cultural ou de sensibilidade que lhe permita criar pontes entre essas pessoas tão diferentes.

A Resolução nº 2002/12 da ONU, atenta a esses choques de realidades, explicita que, para atuar na seara penal, os facilitadores devem ter uma boa compreensão das culturas regionais e das comunidades⁶⁵⁹. A Resolução nº 225 de 2016 do CNJ, foi no mesmo sentido, ressaltando, em seu art. 14, inc. III que os facilitadores deverão considerar, em sua atuação, eventuais situações de hipossuficiência e desequilíbrio social, econômico, intelectual e cultural⁶⁶⁰, justamente para que busquem promover a isonomia.

Para Tânia Almeida, a competência do mediador pode ser dividida em: **(i)** aptidão para conduzir um processo de diálogo equilibrado (dando as mesmas oportunidades de expressão para os participantes); **(ii)** conhecimento do tema facilitado, para formular adequadamente as perguntas instigadoras de reflexões; **(iii)** sensibilidade para identificar as

⁶⁵⁹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Resolução nº 2002/12...** Op. cit.

⁶⁶⁰ BRASIL. **Resolução nº 225 de maio de 2016...** Op. cit.

necessidades dos mediados e clareza para complementar seus entendimentos com um olhar técnico especializado, viabilizando assim a criação de canais de comunicação⁶⁶¹.

Quanto ao exercício da prática restaurativa, recomenda-se que os facilitadores trabalhem em duplas. A escolha por esse tipo de trabalho deve-se à intenção de propiciar uma abordagem multifocal ou ainda multidisciplinar, caso seja privilegiada a formação de uma dupla composta por pessoas de diferentes profissões, formações, ou constituições culturais. Tânia Almeida sustentou que “o pilar da mediação” é a ampliação da qualidade de atuação, de maneira tal que a dupla pode se alternar em termos de proatividade, exercer tarefas complementares e discutir temas e problemas relativos ao caso para aumentar a consideração de variáveis e formas de tutela. Destaca-se também a importância do apoio mútuo, especialmente porque as práticas restaurativas em casos penais trazem momentos de tensão⁶⁶². Além disso, o trabalho com dois facilitadores propicia aos participantes uma dupla referência, o que minimiza a chance destes desrespeitarem o ritual da abordagem por não se sentirem seguros ou não simpatizarem com um facilitador.

A escolha pela facilitação em dupla depende da clareza de propósito do que se almeja atingir com isso, de modo que os mediadores possam agir com transparência um com o outro em relação a suas percepções quanto ao caso e funcionamento da parceria, sendo recomendável que esta exista e persista somente enquanto ambos sentirem afinidade entre si⁶⁶³. Almeida elencou como possíveis disfunções da cofacilitação a competição, a ausência de escuta, a franca divergência e a aliança entre um mediando e um facilitador, o que forma uma dupla extra e é contraproducente para a consolidação de uma identidade de grupo em torno do caso penal⁶⁶⁴.

O trabalho do facilitador inicia desde o estudo do caso, partindo, por exemplo, da análise de algumas circunstâncias relevantes como depoimentos prévios e documentos eventualmente disponíveis. Há facilitadores que preferem não ter acesso a esses documentos para evitar influências por preconceções de seus redatores, mas aqui se entende que uma percepção mínima do caso antes da realização dos convites é salutar, até para o facilitador se situar previamente com as narrativas dos indivíduos ao contatá-los. Após essa contextualização, prossegue-se com o convite aos potenciais participantes para conhecerem o programa restaurativo. A apresentação do programa ocorrerá na pré-autocomposição, ou pré-prática restaurativa, e a partir das informações colhidas nessa fase,

⁶⁶¹ ALMEIDA, Tania. **Caixa de Ferramentas em Mediação...** Op. cit., p. 160.

⁶⁶² ALMEIDA, Tania. **Caixa de Ferramentas em Mediação...** Op. cit., p. 160-161.

⁶⁶³ ALMEIDA, Tania. **Caixa de Ferramentas em Mediação...** Op. cit., p. 161.

⁶⁶⁴ ALMEIDA, Tania. **Caixa de Ferramentas em Mediação...** Op. cit., p. 161.

em que as pessoas relatam sobre sua vinculação com o caso, a dupla de facilitadores poderá dialogar sobre a questão, organizar roteiros e perguntas e então agendar a realização da prática restaurativa com os envolvidos.

Sobre a pré-autocomposição individual, que é realizada inclusive com os apoiadores indicados pelo autor da ofensa e o ofendido, trata-se de uma etapa informativa bilateral para facilitadores e potenciais participantes. Essa fase possibilita um contato mais profundo entre os facilitadores e os conflitantes, auxiliando na identificação de qual prática restaurativa seria, em tese, mais adequada às circunstâncias e fornecendo outra chance para o facilitador atestar sua independência em relação aos temas e as pessoas envolvidos, verificando-se também a conveniência da mediação⁶⁶⁵.

Para o convidado a pré-autocomposição serve **(i)**: para elencar os temas que o fizeram se interessar pela via restaurativa; **(ii)** para possibilitar a escolha consciente da prática restaurativa como meio de transformação do caso penal e produção de resposta ao crime; **(iii)** para identificar se ele verifica em si mesmo a disponibilidade para rever posições rígidas; **(iv)** para trabalhar eventuais percepções construtivas em relação ao ocorrido e **(v)** para compreender seu papel na prática restaurativa, em sendo um apoiador, ou um protagonista⁶⁶⁶. Cabe ao facilitador ouvir o convidado, identificar sua percepção do caso, bem como seus sentimentos, necessidades e expectativas em relação a ele. Da mesma forma, o facilitador deve explicar os procedimentos, objetivos, preceitos éticos, adequação e alcance da autocomposição no caso, além perguntar sobre seu interesse em dialogar sobre e construir uma resposta ao caso concreto partindo da responsabilização do autor da ofensa. A pré-autocomposição, portanto, abastece os convidados com informações pertinentes sobre o programa e a JR a fim de maximizar sua autonomia de vontade e consciência no momento de optar, ou não, pela prática⁶⁶⁷.

Fundamental lembrar que o facilitador deve ser imparcial, inclusive para ter clareza acerca da manutenção do tratamento isonômico que direciona aos participantes. Nesse sentido, a definição que a Resolução nº 2002/12 da ONU oferece ao facilitador é “uma pessoa cujo papel é facilitar, de maneira justa e imparcial, a participação das pessoas afetadas e envolvidas num processo restaurativo”⁶⁶⁸. Mesmo imparciais, ressalta-se que não há como os facilitadores serem neutros, pois são dotados de subjetividade e de pré-concepções inerentes a todo o ser humano. Por essa razão, facilitador precisa desenvolver

⁶⁶⁵ ALMEIDA, Tania. **Caixa de Ferramentas em Mediação...** Op. cit., p. 37.

⁶⁶⁶ ALMEIDA, Tânia. **Caixa de Ferramentas em Mediação...** Op. cit., p. 37.

⁶⁶⁷ ALMEIDA, Tânia. **Caixa de Ferramentas em Mediação...** Op. cit., p. 37-38.

⁶⁶⁸ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Resolução nº 2002/12...** Op. cit.

autocrítica e autoconhecimento para identificar quais são esses preconceitos, como eles o afetam e em quais casos comprometerão a sua atuação imparcial.

Não raro, as práticas restaurativas propiciam tamanha segurança aos envolvidos que, em certo ponto na prática, o facilitador e os participantes se confundem, pois todos assumem a corresponsabilidade de preservarem um ambiente interacional respeitoso e seguro, dentro das diretrizes que eles mesmos estabelecem no início da prática. Para descrever essa situação que tem como consequência a dispensabilidade do mediador, Vezzulla, usa o termo “mediador biodegradável”⁶⁶⁹.

Cabe aos facilitadores realizar a transição entre as etapas da abordagem, fazendo o uso de eventual roteiro pré-estabelecido e organizado a partir de debates entre os próprios facilitadores. Observa-se que esse roteiro é apenas uma ferramenta para auxiliar o facilitador, de modo tal que caso os canais de comunicação entre as partes de fato estejam devidamente consolidados, o facilitador poderá tanto abandonar parte de seu roteiro quanto suprimir etapas destinadas contribuir para a criação desses canais.

Em resumo, os facilitadores têm a incumbência de: **(i)** realizar a triagem de casos aptos a integrarem um programa restaurativo a partir de critérios específicos vinculados ao programa; **(ii)** convidar as pessoas a participarem de programas restaurativos; **(iii)** organizar os encontros pré-práticas restaurativas para escutar os convidados, explicar as características do programa, e verificar seu interesse em aderir; **(iv)** estudar o caso a partir das informações fornecidas pelos envolvidos nos encontros individuais; **(v)** formular um roteiro básico e modificável para a condução da reunião restaurativa; **(vi)** zelar pela segurança e autonomia de todos os presentes durante a prática e garantir que as diretrizes básicas sejam observadas, minimizando as chances de revitimização; **(vii)** suspender a reunião no caso dos participantes utilizarem aquele espaço para a prática da violência física ou simbólica, ou quando verifique que o diálogo tornou-se inviável e **(viii)** acompanhar o caso até o seu desfecho autocompositivo podendo realizar encontros de acompanhamento após a reunião inicial.

Apontados esses deveres, é de suma importância ter em mente, como ressaltou Tânia Almeida, que eleição das ferramentas e técnicas, o momento de sua aplicação e a forma de seu manuseio pelos facilitadores têm como intuito propiciar reflexões específicas. Apesar disso, a repercussão de uma intervenção sobre um contexto envolvendo seres

⁶⁶⁹ VEZZULLA, Juan Carlos. **Mediador Biodegradável**. Entrevista concedida ao canal Momento Arbitragem, 7 de jul. de 2016. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=CWyQLKPI0vU>. Acesso em: 07 de jul. de 2019.

humanos com histórias e identidades diversas e inseridos em contextos afetivos e cenários peculiares, torna questionável a previsibilidade e correlação de causa-efeito com relação à aplicação e funcionalidade das ferramentas autocompositivas. Ainda assim, as técnicas usadas pelos facilitadores são relevantes para colaborar com a fidelidade das intervenções em relação aos princípios norteadores das práticas⁶⁷⁰.

No Brasil a atuação do facilitador judicial é brevemente regulamentada pela Resolução nº 225 de 2016 do CNJ, podendo-se utilizar subsidiariamente a Lei nº 13.140 de 2015 (“Lei de Mediação”). O art. 8º, §1º, da referida resolução atribui ao facilitador o papel de coordenar os trabalhos de escuta e diálogo entre os participantes das práticas restaurativas por meio de métodos autocompositivos de gestão de conflitos⁶⁷¹. A resolução não elenca quais práticas são passíveis dessa condução, o que é salutar para o abarcamento de novas metodologias que se coadunem com os princípios elencados no início da normativa.

Durante a condução desses trabalhos, nos incisos do dispositivo supracitado, a resolução estipula que o facilitador ressaltará que as práticas são regidas pela confidencialidade e pela voluntariedade, bem como o fato de serem direcionadas à necessidade de compreensão das causas que contribuíram para o conflito e para o enfrentamento das consequências que este gerou e ainda pode gerar. Explicita-se assim o caráter reflexivo das práticas, estipulando-se também que o facilitador terá o dever de **abordar o valor social da norma violada que se aplica ao caso.**

Esta última atribuição resgata a presença do Estado no espaço das práticas restaurativas e oferece ao facilitador um papel de condutor do ritual e elo concreto de comunicação entre as pessoas e os valores normativos atrelados ao caso. Por um lado este papel é relevante para situar os presentes sobre a relevância do bem-jurídico envolvido na questão e a função da norma em termos macrossociais. Desse modo, cumpre-se uma atribuição comunicativa de revisitar a legitimidade da norma a partir de interações pautadas na horizontalidade e em uma linguagem acessível. A forma como o facilitador realizará essa comunicação é crucial, pois resgatar a figura da norma e apresentar isso aos participantes pode aproximá-lo de uma figura de autoridade.

No §2º do art. 8º, aponta-se o facilitador como responsável por um criar ambiente propício à mobilização coletiva rumo à reparação do dano e das medidas necessárias para

⁶⁷⁰ ALMEIDA, Tania. *Caixa de Ferramentas em Mediação...* Op. cit., p. 31-32.

⁶⁷¹ BRASIL. *Resolução nº 225 de maio de 2016...* Op. cit.

que não ocorra reincidência do conflito⁶⁷². Tal disposição, embora pareça direcionador para uma atuação mais interventiva do facilitador é balizada pelo art. 15, inc. I, que veda a imposição de decisões, antecipação de eventual decisão do magistrado, assim como a prática de julgamentos, aconselhamentos, diagnósticos e mesmo posturas de simpatia por parte dos facilitadores em relação aos participantes durante os trabalhos restaurativos⁶⁷³. Tudo isso evidencia que a postura esperada é aquela de zelar pela segurança e autonomia das partes de fato.

Por outro lado, em seu art. 14⁶⁷⁴, a resolução aponta a consideração dos fatores institucionais e sociais que contribuíram para o conflito e a função de indicar a necessidade de eliminá-los ou diminuí-los como uma das atribuições do facilitador. Tal determinação aproxima o facilitador de uma postura avaliativa, o que destoa da vedação referenciada no parágrafo anterior. Essa mesma postura diretiva é extraída do art. 14, inc. II, o qual enaltece o estímulo ao diálogo como um dever primordial do facilitador, mas preconiza que o facilitador deve criar um feixe de atividades coordenadas para que não haja reiteração do ato danoso ou a reprodução das condições que possibilitaram o conflito. Parece que, com essa disposição, almeja-se que o facilitador possa incentivar os participantes e apoiadores a exercerem um controle informal mútuo que minimize as chances de reincidência do conflito.

A disposição, neste ponto, pressupõe que o facilitador terá aptidão para considerar as variáveis causais do conflito e que estas são passíveis de controle pelos participantes. Esse dispositivo, num primeiro momento, parece desconsiderar a complexidade de

⁶⁷² BRASIL. **Resolução nº 225 de maio de 2016**... Op. cit.

⁶⁷³ “Art. 15. É vedado ao facilitador restaurativo: I – impor determinada decisão, antecipar decisão de magistrado, julgar, aconselhar, diagnosticar ou simpatizar durante os trabalhos restaurativos; II – prestar testemunho em juízo acerca das informações obtidas no procedimento restaurativo; III – relatar ao juiz, ao promotor de justiça, aos advogados ou a qualquer autoridade do Sistema de Justiça, sem motivação legal, o conteúdo das declarações prestadas por qualquer dos envolvidos nos trabalhos restaurativos, sob as penas previstas no art. 154 do Código Penal”. Em: BRASIL. **Resolução nº 225 de maio de 2016**... Op. cit.

⁶⁷⁴ “Art. 14. São atribuições do facilitador restaurativo: I – preparar e realizar as conversas ou os encontros preliminares com os envolvidos; II – abrir e conduzir a sessão restaurativa, de forma a propiciar um espaço próprio e qualificado em que o conflito possa ser compreendido em toda sua amplitude, utilizando-se, para tanto, de técnica autocompositiva pelo método consensual de resolução de conflito, própria da Justiça Restaurativa, que estimule o diálogo, a reflexão do grupo e permita desencadear um feixe de atividades coordenadas para que não haja reiteração do ato danoso ou a reprodução das condições que contribuíram para o seu surgimento; III – atuar com absoluto respeito à dignidade das partes, levando em consideração eventuais situações de hipossuficiência e desequilíbrio social, econômico, intelectual e cultural; IV – dialogar nas sessões restaurativas com representantes da comunidade em que os fatos que geraram dano ocorreram; V – considerar os fatores institucionais e os sociais que contribuíram para o surgimento do fato que gerou danos, indicando a necessidade de eliminá-los ou diminuí-los; VI – apoiar, de modo amplo e coletivo, a solução dos conflitos; VII – redigir o termo de acordo, quando obtido, ou atestar o insucesso; VIII – incentivar o grupo a promover as adequações e encaminhamentos necessários, tanto no aspecto social quanto comunitário, com as devidas articulações com a Rede de Garantia de Direito local”. Em: BRASIL. **Resolução nº 225 de maio de 2016**... Op. cit.

eventuais variáveis ligadas aos alicerces identitários do sujeito e das condições socioestruturais que favorecem a ocorrência de determinados casos penais, as quais nem sempre são superadas pelo mero controle social informal. Entretanto, como atribuição complementar, a resolução indica que o facilitador deve incentivar o grupo a promover adequações e encaminhamentos necessários, tanto no aspecto social quanto comunitário, e assegurar as devidas articulações com a rede de proteção local.

Nesse sentido, recorrer de modo organizado à rede de proteção é fundamental para minimizar as circunstâncias negativas que favoreceram o conflito e colabora para uma maior integração entre as instituições estatais rumo à construção de respostas efetivas. Observa-se que a resolução guarda em si a pretensão de que as práticas restaurativas, através da atuação integrada entre facilitador, participantes e a rede, sirvam como vetores de orientação de “políticas criminais customizadas”, aplicadas em contextos comunitários e sociais bem delimitados. Resta agora, a superação das deficiências de integração e articulação das instituições e os limites estruturais da rede, que não serão objeto desta análise nesse trabalho.

Além do exposto, a normativa é taxativa ao dispor, em seu art. 13, que apenas serão admitidos para orientar os trabalhos restaurativos no Poder Judiciário, facilitadores previamente capacitados ou em formação⁶⁷⁵. Ato contínuo estipula-se que os facilitadores deverão estar em aperfeiçoamento permanente.

Os cursos de formação desses facilitadores seriam ministrados através dos Tribunais de Justiça ou entidades parceiras e os formadores deverão ter comprovada experiência em práticas restaurativas e em projetos do gênero (art. 16). Determina-se que os tribunais também acompanharão o desenvolvimento e suporte dos programas restaurativos, adotando parâmetros de avaliação e prestando suporte aos facilitadores para que não se afastem dos princípios básicos da JR (art. 18)⁶⁷⁶.

Observa-se que a forma de remuneração dos facilitadores não está padronizada na normativa federal, de modo que a grande parte deles são servidores do sistema de justiça, estagiários, ou voluntários. Ocorre que, se a atividade de facilitador não for remunerada e houver a continuidade do uso de voluntários para atuar enquanto tal, corre-se o risco de uniformizar o perfil da maioria facilitadores.

Hipoteticamente, serão jovens cursando direito e eventualmente psicologia, atuando para ganhar um certificado e/ou cumprir horas da faculdade, ou pessoas que possuam

⁶⁷⁵ BRASIL. Resolução nº 225 de maio de 2016... Op. cit.

⁶⁷⁶ BRASIL. Resolução nº 225 de maio de 2016... Op. cit.

tempo e dinheiro para despender horas atuando como facilitadores. Em um país tão plural quanto o Brasil, é fundamental investir na diversidade dos times de facilitadores de programas restaurativos, pois isso colabora para que as pessoas tenham maior identificação com seus mediadores e enriquece o trabalho com diferentes visões de mundo e democratiza ainda mais o domínio das técnicas autocompositivas por pessoas de diferentes realidades sociais.

Assim sendo, o parágrafo único do art. 17 dispõe que será admitida a capacitação de facilitadores voluntários oriundos de comunidades, ou indicados por instituições parceiras, para possibilitar maior participação social no procedimento restaurativo. Entretanto, não são estipulados critérios de remuneração, ou compensação o que mitiga a inclusão social referenciada no artigo. Não obstante, reconhece-se que a remuneração é uma questão delicada, pois a forma como ela é determinada pode influenciar a qualidade do trabalho do facilitador. Por exemplo, em sendo uma remuneração baseada na participação em atos, corre-se o risco do facilitador priorizar a celeridade em vez da abordagem mais profunda e paciente dos fatores expressados pelos participantes. Para além dos voluntários, o art. 6º, inc. III da Resolução nº 225 do CNJ estipula que cada programa restaurativo no âmbito do judiciário contará com uma equipe fixa de facilitadores oriundos de seu quadro de servidores ou de instituições conveniadas, o que é salutar para assegurar a continuidade dos projetos⁶⁷⁷.

No Brasil, em virtude de uma política judicial de controle de qualidade, tem-se outorgado o “título” de facilitador àqueles que participem de capacitações promovidas por pessoas que já possuem experiência com a área. Os cursos variam entre uma carga horária entre 40 e 60 horas e possuem um cunho essencialmente prático. É pertinente destacar que, apesar dessa carga, um facilitador é moldado a partir da prática, da tentativa, do erro, na medida em que aprimora seu autoconhecimento, sua habilidade de escutar os próprios sentimentos e reconhecer suas limitações. É através da prática, do aprender a escutar e a perceber a si mesmo e outro que se forja o facilitador e é por isso que um controle de qualidade posterior ao treinamento, através de estágios supervisionados exercidos em casos reais, é tão importante.

⁶⁷⁷ BRASIL. Resolução nº 225 de maio de 2016... Op. cit.

3.3.4 Sobre as intervenções dos operadores do direito e equipes técnicas multidisciplinares no campo das práticas restaurativas

No item anterior foi constatado que a composição de equipes permanentes de facilitadores no âmbito judicial será feita por meio de servidores dos tribunais de justiça ou de integrantes de instituições conveniadas. Nesse caso tem-se a intervenção dos colaboradores do sistema de justiça nas práticas restaurativas na condição de facilitadores, o que chama a atenção para alguns pontos.

O primeiro deles é referente à questão da cumulação de funções, envolvendo o exercício de atividades rotineiras de um órgão judicial, ou do Ministério Público, e a promoção de algum projeto restaurativo. Ambas as atividades tomam tempo e esforço, e enquanto um órgão possui fluxos pré-definidos, um programa restaurativo demanda a nova construção desses fluxos e sua delimitação em conformidade com a realidade do órgão, dos limites legais e regulamentares e dos recursos humanos disponíveis. Tais recursos, não raro, já estão direcionados às atividades de rotina.

Para superar tal confusão e ressaltar a pertinência de desenvolvimento de uma política institucional de autocomposição, o Poder Judiciário, por meio da Resolução nº 125 de 2010 do CNJ (art. 8º)⁶⁷⁸, determinou a criação dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC's) direcionados a promover atendimentos autocompositivos extrajudicialmente e aos casos judicializados, via de regra antes da citação. Inicialmente esses CEJUSC's utilizavam somente técnicas autocompositivas como a conciliação e mediação, mas com o tempo passaram a recorrer também a metodologias variadas de práticas restaurativas, inclusive aplicando-as em casos envolvendo crianças e adolescentes em conflito com a lei. Tais órgãos são essencialmente executivos e canalizam em si as demandas autocompositivas.

No MP, a Resolução nº 118 de 2014 do CNMP estipulou, em seu art. 7º, inc. VII, que serão criados Núcleos Permanentes de Incentivo à Autocomposição (NUPIA's), responsáveis por promover a gestão da Política de Incentivo à Autocomposição nos respectivos MP's. Se esses núcleos se tornarem pontos de referência para a execução de práticas restaurativas em situações encaminhadas pelos demais órgãos ministeriais, isso ainda está para ser verificado, pois a maioria dos NUPIA's ainda está em fase de estruturação. A sua função de suporte e auxílio na capacitação de pessoas, na gestão de

⁶⁷⁸ BRASIL. Resolução nº 125 de 29 de novembro de 2010... Op. cit.

programas restaurativos e na criação de diretrizes está clara desde já e tanto no caso do MP como do judiciário é fundamental que se destinem pessoas e órgãos para tratar, especificamente, se não da execução das práticas restaurativas, ao menos da gestão de seu desenvolvimento em nível macro institucional. Isso porque, como já observado, a lógica restaurativa não adota o caráter prescritivo do sistema de justiça. Assim, faz-se necessário o direcionamento e desenvolvimento de pessoas com um perfil, ou interessadas em desenvolver um perfil de facilitadores, evitando-se uma atuação “esquizofrênica” pelos facilitadores (ora mediadores ora pareceristas em processos) a qual, por limites estruturais e de recursos humanos, tende a ocorrer quando uma iniciativa restaurativa é desenvolvida em um órgão com pouco contingente e em que o vencimento da demanda depende da intervenção de todos na seara processual.

O segundo ponto é um desdobramento do primeiro: o contato dos facilitadores com magistrados e promotores de justiça os quais possuam poder decisório sobre os casos objetos das práticas restaurativas e, ao mesmo tempo, ingerência sobre esses mediadores. O art. 15 da Resolução nº 225 de 2016 veda expressamente que os facilitadores reportem informações divulgadas nas práticas restaurativas, sem motivação legal, às autoridades do sistema de justiça, sob pena de incorrerem no tipo de violação de segredo profissional (art. 154 do CP). Tal medida é cautelosa e muito relevante para fins de oferecer maior segurança aos participantes dessas práticas e preservar a ética do trabalho exercido pelos facilitadores. Seria ingenuidade, todavia, admitir que isso aniquile a desconfiança dos participantes em relação a facilitadores que atuam no mesmo órgão que acompanha o caso penal a que estão vinculados. Seria mais ingenuidade ainda desconsiderar que facilitadores subordinados a promotores e magistrados, se pressionados, não cederiam informações “*in off*” a estes.

Na prática, em razão da dinâmica das abordagens restaurativas e da relação de confiança que se desenvolve entre facilitador e participantes, a espontaneidade das interações é mais regra do que exceção, mas isso não apaga a existência dos riscos supracitados. Portanto, a prudência demanda que o espaço destinado à realização das práticas seja diverso daquele do órgão que acompanha processualmente o caso, o que implica também na atuação de facilitadores que não pertençam a este órgão ou, pelo menos, que não atuem no caso enquanto assessores, técnicos e analistas. O ideal é que essas práticas sejam desenvolvidas por órgãos específicos voltados a promover iniciativas restaurativas.

Em contrapartida, poder-se-ia afirmar, sem erro, que a problemática vinculada a este item depende principalmente de qual viés restaurativo o estudioso adota. Tal ponderação,

além de demonstrar a complexidade do debate restaurativista fornece pontos de referência mais sólidos acerca das opções tomadas. Dessa forma é mais confortável discutir o envolvimento direto de juízes e promotores em práticas restaurativas, seja na condição de participantes que apresentam o Estado, seja enquanto facilitadores, se o modelo restaurativo de referência for o maximalista, que não descarta a coação para incentivar uma prestação reparativa. Nessa linha, a presença de policiais, juízes, advogados e promotores como “facilitadores” seria coerente não apenas para representar as instituições sociais, mas para zelar pela observância de garantias do ofendido e pela legalidade das cláusulas de eventual acordo.

Na *encounter theory* a participação de agentes institucionais, vinculados a uma lógica prescritiva, contaminaria a autenticidade da experiência e recolocaria o ofendido e autor da ofensa em posições equivalentes a objetos de intervenção. O ritual que antes seria restaurativo terá maiores chances de se tornar um teatro para impressionar o promotor e o juiz, os quais, pela autoridade que lhes é atinente, sequestrarão o conflito apenas por estarem ali. Além do mais, a presença das autoridades, a nosso ver, representa uma ofensa ao princípio da confidencialidade que deve reger a abordagem restaurativa.

Na referida perspectiva, o espaço do encontro deve pertencer absolutamente aos protagonistas e apoiadores, de forma que as intervenções de advogados, juízes e promotores incidiram posteriormente sobre o conteúdo de eventual acordo, enquanto fiscais da legalidade e da proporcionalidade. Aos facilitadores, reconhecidos como auxiliares da justiça, cabe trabalhar para assegurar que não haja consentimentos viciados, mas, mesmo assim, nada impede que os participantes sejam questionados a respeito disso por seus advogados, defensores, ou mesmo pelos promotores e magistrados. Nesse quesito se acompanha a vertente da *encounter theory* pelas razões já apontadas quanto à preservação da interação mais autêntica entre os envolvidos.

Com relação à participação de assistentes sociais, psicólogos e pedagogos em programas restaurativos, entende-se que essa pode se dar tanto diretamente (como participantes das práticas) quanto indiretamente (como técnicos de suporte que contribuam para avaliar os impactos do programa e para fornecer um suporte aos participantes). Em relação à participação direta, essa é salutar quando amplie as funcionalidades acolhedoras e o desenvolvimento das técnicas aplicadas nas práticas restaurativas. Por exemplo, essa integração do profissional às práticas poderia ocorrer em casos mais complexos em que um ou mais participantes possua alguma limitação que necessite de apoio técnico especializado

durante a prática, ou mesmo algum distúrbio mental que requeira acompanhamento e cuja existência, embora complicadora, não inviabilize a sua participação na abordagem.

Os técnicos que participem da abordagem terão a possibilidade de tecerem recomendações complementares em relação a possíveis formas de construção de resposta ao caso penal e mesmo sugerir encaminhamentos dos presentes para a rede de apoio ou proteção pública. Se as recomendações forem acatadas pelos presentes, elas poderão constar como compromissos assumidos pelos participantes no termo de eventual acordo restaurativo, como, por exemplo, um tratamento para desintoxicação, ou o acompanhamento da vítima para atendimento psicológico que pode ser custeado pelo autor da ofensa, etc.

Caberá aos facilitadores perceberem até que ponto as recomendações dos técnicos estão sendo acatadas por que fizeram sentido aos participantes ou se isso ocorreu em razão do fato dele ter se tornado uma figura de autoridade nas práticas restaurativas e, portanto, um sequestrador de conflito. Esse potencial problema evidencia que a participação do técnico deve estar bem afinada com as estratégias eventualmente adotadas pelos facilitadores, especialmente para se evitar antagonismos e competições durante a sua execução. Dessa maneira, a colaboração das intervenções técnicas precisa estar inserida na abordagem de facilitação estando tanto o profissional de suporte quanto os facilitadores de pleno acordo em relação a como será conduzida a autocomposição e de que forma ocorrerão as interpelações desse profissional para se evitar que ele ocupe uma posição de destaque que deve pertencer aos protagonistas.

É importante consignar também que quanto mais participantes integrarem uma prática restaurativa, maior é o risco de diminuição do espaço de fala dos protagonistas, especialmente em relação a práticas circulares, em que não se admite a figura do observador, todos os que presenciam o círculo ou conferência familiar obtêm o *status* de participantes e devem ter oportunidades de intervenção.

Sobre as intervenções de suporte, essas são mais comuns e dizem respeito a entrevistas prévias, encaminhamentos à rede de proteção, atendimentos de acolhimento, orientações, produção de relatórios técnicos, avaliação dos impactos do projeto na percepção dos participantes, etc. Esses técnicos e seus relatórios podem ser uma das pontes de contato entre as práticas restaurativas e o sistema de justiça, podendo seus relatórios viabilizarem o mapeamento dos impactos dos programas e suas intervenções contribuírem para a reintegração social de vítimas e responsáveis pela ofensa. As intervenções destes técnicos devem ser realizadas somente com o consentimento dos participantes, que deverão

ser esclarecidos de todos os possíveis efeitos que essas podem ter em relação a eventual procedimento vinculado ao seu caso. Além disso, os técnicos de suporte não poderão participar diretamente das práticas restaurativas e aqueles que eventualmente participem não poderão emitir relatórios técnicos em razão da confidencialidade das discussões realizadas.

Acerca da participação direta de promotores e juízes nas práticas restaurativas, pode-se pensar que a funcionalidade desta serviria para reforçar o valor social da norma e o interesse social na resposta ao caso penal, colaborando para oferecer mais segurança à vítima e reforçar a reprovabilidade dos atos cometidos. Esse tipo de participação, todavia, possui quatro problemas graves: o sequestro do conflito pela autoridade, o comprometimento da autenticidade das interações e a dupla-desconstituição da prática restaurativa enquanto um espaço seguro de confidencialidade e de horizontalidade.

Enquanto pessoas com poder decisório em relação aos procedimentos vinculados aos casos, não se deve permitir que a presença de juízes e promotores seja introduzida em práticas restaurativas, pois ela apenas contaminará essas práticas com a lógica jurídica e adversarial. É possível pensar na participação de juízes e promotores que não tenham relação com o caso, mas o problema da figura de autoridade persiste e a funcionalidade de representar o valor social da norma pode ser comprida pela presença dos membros da comunidade representada pelos apoiadores.

O modelo purista rejeita totalmente a participação direta de juízes e promotores nas abordagens restaurativa pois, como já apontado, seu enfoque prioritário é a preservação da autenticidade das interações durante a experiência restaurativa, buscando afastá-la o máximo possível do contato direto com o sistema de justiça. Apesar de nos filarmos a essa vertente, por tê-la como mais coerente e potencialmente mais restaurativa, se reconhece que o problema abordado neste tópico pode ser encarado de modo diverso, em virtude da diversidade de perspectivas envolvendo a JR.

Nesse sentido, considerando que para o maximalismo a determinação de reparação de danos a vítima e à comunidade, ainda que de forma coercitiva, seria o elemento que confere identidade à JR, a presença de magistrados e promotores nos procedimentos restaurativos não vai de encontro ao princípio orientador dessa vertente. Sim, o maximalismo reconhece que, nessas circunstâncias, o grau de “restauratividade” é severamente mitigado, mas, mesmo assim, o *quid* restaurativo continua existindo.

Em termos processuais, a participação do juiz e/ou promotor nas práticas restaurativas compromete a impessoalidade e a imparcialidade de ambos em relação a

suposta vítima e suposto autor da ofensa. Entende-se então que esse contato direto perverte a essência tanto da JR quanto do processo penal. Mais adequado seria, portanto, que esses atores permanecessem exercendo funções fiscalizatórias externas, tendo contato apenas com eventuais relatórios das equipes técnicas de suporte e controle dos resultados dos programas, termos de acordos e com os próprios participantes das abordagens, a fim de atestar a autenticidade do consenso eventualmente manifestado.

De acordo com as alterações no CPP, no caso de realização das práticas restaurativas no âmbito pré-processual, duas são as alternativas em relação a fiscalização das práticas. A primeira diz respeito a sua realização apenas por promotores e defensores, no sentido de que, finalizada a abordagem restaurativa e celebrado o acordo, esses atores verificarão, respectivamente se o consenso manifestado pelo suposto ofensor e pela vítima reflete o que consta no termo e se estes consideram as condições justas e proporcionais. No caso do MP, também será feita uma análise de proporcionalidade que parta do próprio promotor, a qual, se discordante, dependerá da consulta à vítima e ao ofensor, com seu advogado, para verificar a possibilidade de adequação. Nada poderá ser alterado unilateralmente sob pena de desconfiguração da voluntariedade.

Estando todos de acordo, nesse momento ratificação do consenso, promotor e defensor também assinariam o acordo atestando que uma segunda verificação foi feita e aguardarão seu cumprimento. Sendo cumprido o acordo, o promotor pleiteará o arquivamento por ausência de justa causa para o exercício da persecução penal, como tratado no último tópico do capítulo anterior. Caso a vítima ou o seu ofensor, acompanhados de advogados.

Outra possibilidade é a utilização da interpretação extensiva e analógica que o art. 3º do CPP viabiliza, em se tratando de programas que exijam a confissão formal do réu. Nesses casos, a fiscalização ocorreria, não somente pelo titular do exercício da ação penal e defensor, mas igualmente por parte do juiz de garantias, assim como é determinado quando da necessidade homologação e verificação da proporcionalidade do ANPP (art. 28-A, §4º e §5º). Dessa forma, o juiz de garantias fiscalizaria os termos do acordo e, homologando, ficaria extinta a punibilidade do réu se o crime em questão estiver dentro dos parâmetros estipulados pelo art. 28-A, ou, se não, o promotor promoveria o arquivamento do inquérito também por falta de justa causa para a propositura da ação. Retornaremos às peculiaridades dessa questão no Capítulo IV, afinal, não as práticas restaurativas são compreendidas pelo gênero da composição entre responsável pela ofensa, vítima e representantes da comunidade afetada, e não correspondem a uma negociação entre acusado e acusação.

Quando já instaurado o processo, a fiscalização ocorreria pelos três atores, defensor, promotor e magistrado, de modo que todos os pontos intersecção entre as práticas restaurativas e o processo, seriam analisados por esses. Tais pontos corresponderiam ao encaminhamento de documentos referentes às práticas, uma vez que, em virtude da tipicidade dos atos processuais, a abordagem restaurativa não pode ocorrer no âmbito processual, mas sim paralelamente ao processo.

Com relação aos defensores ou assistentes de acusação, sua participação direta e nas práticas não é salutar em virtude do clima de adversariedade e desconfiança que seria, se não instaurado, drasticamente ampliado em razão da função exercida por esses atores. Portanto, a eles caberá a função fiscalizatória dos termos do acordo e a revalidação do consenso de seus representados após a consulta destes em um momento posterior à celebração de eventual acordo restaurativo no âmbito das práticas restaurativas.

Para finalizar este subcapítulo, resta ainda tratar brevemente da participação de agentes policiais nas práticas restaurativas. Embora representantes por excelência da execução da segurança pública na realidade brasileira, segundo pesquisa da Datafolha, publicada em 2019, que ouviu 2.806 pessoas em 130 municípios do país, 51% dos brasileiros afirmam ter mais medo que confiança da polícia⁶⁷⁹. Esse número sobe pontos percentuais entre as pessoas com renda de até 2 salários-mínimos (54%) e diminui entre os que possuem renda superior a 10 salários-mínimos (42%)⁶⁸⁰. Além disso, segundo dados divulgados pelas secretarias de segurança estaduais, no primeiro semestre de 2019, 2.886 pessoas foram mortas por policiais civis e militares (sem considerar Goiás) e, no mesmo semestre, 85 policiais foram assassinados⁶⁸¹.

No modelo de conferencial australiano, por exemplo, policiais que atuaram no caso de prática infracional ou criminal podem participar diretamente da conferência familiar, não sendo visto como problemático a representação da autoridade em seu âmbito. No Brasil, contudo, o relacionamento entre cidadão e policial ainda é permeado pelo receio e tensão. Tanto a polícia quanto os integrantes sociais menos abastados estão mais sujeitos à

⁶⁷⁹ G1. **Datafolha aponta que 51% dos brasileiros têm medo da polícia e 47% confiam nos policiais.** 11/04/2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/04/11/datafolha-aponta-que-51percent-dos-brasileiros-tem-medo-da-policia-e-47percent-confiam-nos-policiais.ghtml>. Acesso em 25 de jan. 2020.

⁶⁸⁰ G1. **Datafolha aponta que 51% dos brasileiros têm medo da polícia e 47% confiam nos policiais...** Op. cit.

⁶⁸¹ VALESCO, Clara; GRANDIN, Felipe; REIS, Thiago. **Mortes por policiais no Brasil sobem 4% no 1º semestre; RJ e PA têm alta, mas 15 estados registram queda.** G1, 14/10/2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2019/10/14/maioria-dos-estados-registra-queda-no-no-de-pessoas-mortas-pela-policia-brasil-porem-tem-alta-no-dado-no-1o-semester.ghtml>. Acesso em 25 de jan. 2020.

violência e embora seja fundamental retrabalhar a forma como os cidadãos vislumbram a polícia e como o perfil militarizado pode ser substituído por uma atuação mais cooperativa e humanizadas em relação ao cidadão, no momento histórico em que vivemos, essas reformas talvez devam partir da formação da própria polícia. A figura policial nas práticas restaurativa, portanto, arrisca a criação de um clima de tensão substancial e de intimidação do autor da ofensa, o que vai de encontro aos ditames da sensibilização e da experiência de alteridade.

Não se nega que a participação direta possa servir também para quebrar preconceitos tanto em relação aos agentes policiais quanto em relação aos autores de ofensas, propiciando-se reflexões sobre a complexidade da política criminal, sobre o fenômeno da violência e sobre o papel das instituições, tudo isso a partir, obviamente, do caso concreto, do compartilhamento de histórias e da necessidade de prestação de contas à vítima. Em que pese essa possibilidade, isso seria um objetivo a ser atingido após a consolidação de um modelo restaurativo de justiça, em que a concepção de crime e de conflitos tenha adquirido novas conformações. Fazê-lo concomitantemente à institucionalização da JR, é complicar as coisas e aproximá-la mais ainda do sistema criminal, mitigando sua pureza.

Apesar dessas ponderações, em 2019 foi criado o primeiro Núcleo de Mediação Comunitária no Estado do Paraná, na cidade de Toledo, em que policiais atuam como mediadores de conflitos em casos que envolvem conflitos de vizinhança, perturbação ao sossego em uma seara pré-processual. Nada é mencionado na reportagem sobre a participação do MP na iniciativa e, a princípio, os policiais militares teriam sido capacitados por servidores de CEJUSC's⁶⁸². A proposta pauta-se na solução célere e dialógica de conflitos entre pessoas sem a necessidade de instauração de processos judiciais, considerando que a polícia é a primeira a ter contato com o conflito. Sem a devida fiscalização do MP com relação a essa atividade⁶⁸³ e com a esquizofrênica participação da polícia que hora é atua investigando ou contendo a violência, e hora atua facilitando conflitos, tem-se que, se já é polêmico a participação do policial nas práticas restaurativas,

⁶⁸² ESTADO DO PARANÁ. **Primeiro Núcleo de Mediação Comunitária do estado é criado no 19º Batalhão da Polícia Militar em Toledo**. Curitiba: TJPR, 21 de março de 2019. Disponível em: https://www.tjpr.jus.br/noticias/-/asset_publisher/9jZB/content/primeiro-nucleo-de-mediacao-comunitaria-do-estado-e-criado-no-19-batalhao-da-policia-militar-em-toledo/18319. Acesso em 25 de jan. de 2020.

⁶⁸³ Tarefa que incumbe ao MP, nos termos do art. 129, inciso. VII: art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: VII - exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior. Em: BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil ...** Op. cit.

o papel do policial enquanto mediador e a figura de autoridade é ainda mais⁶⁸⁴. Tudo isso claro, considerando que o resultado da mediação policial apenas poderá incorrer em arquivamento se o MP, enquanto titular da ação, concordar.

Ademais, a forma de execução dessa proposta, faz toda a diferença em relação à coerência das práticas, afinal: o policial mediador se apresentará como policial? Ele estará fardado? A mediação, ao que indica é feita no próprio no batalhão. Seria esse o espaço mais adequado?

A referida iniciativa se inspirou nos NUMEC's do Estado de São Paulo, que operam desde 2016 e encaminham seus acordos para a homologação judicial. Entre 2016 e 2017, já haviam sido realizadas 157 sessões de mediação nos 08 NUMEC's do Estado, tendo 60% resultado em acordos homologados (que se tornam títulos executivos judiciais) que, não raro, preveem a aplicação de multas se descumpridos⁶⁸⁵. De acordo com a descrição do projeto paulista, os cidadãos, quando incomodados por conflitos de vizinhança, se dirigiriam aos núcleos e poderiam resolver a situação pela via autocompositiva. Trata-se de um modelo de despenalização de condutas envolvendo conflitos de vizinhança, o que é muito salutar e favorece o fortalecimento de vínculos saudáveis entre os habitantes das mesmas comunidades. Sobre o funcionamento da iniciativa, transcreve-se breve descrição do fluxo:

(...) a viatura da polícia militar realiza a constatação, *in loco*, no momento do atendimento de ocorrência: o policial militar, no atendimento da ocorrência, caso vislumbre a possibilidade de uma mediação, consultará os envolvidos e, em havendo interesse, entregará um convite, impresso. Além disso, preencherá um relatório de encaminhamento para a mediação, do qual constarão dados como, nome completo, telefone e endereço. O mediador recebe no dia posterior todos os relatórios de encaminhamento confeccionados após as entregas dos convites e, caso alguma das partes não faça contato, o policial militar mediador entra em contato. Desta forma, todas as viaturas de policiamento da região do CPI-10 levam no patrulhamento cópias do convite do relatório de encaminhamento para a mediação impressos em seus documentos. O COPOM do CPI-10 atende as solicitações 190 de 43 municípios, com aproximadamente 750 mil habitantes. A média de chamadas nos dias de pico chega a 3.000 ligações. O policial militar atendente do telefone 190 tem a sua disposição uma relação com telefone e endereço dos 08 (oito) NUMEC's, quando ele identifica uma solicitação que se enquadre em conflitos de vizinhança, acidente de trânsito, desentendimento familiar e etc, ele passa o número do telefone e o endereço do NUMEC mais próximo do solicitante e pede para o mesmo fazer contato, ao mesmo tempo, o atendente cadastra os dados do solicitante e arquiva no banco de dados. No outro dia, o policial militar mediador, utilizando o computador do seu próprio NUMEC,

⁶⁸⁴ ESTADO DO PARANÁ. **Primeiro Núcleo de Mediação Comunitária do estado é criado no 19º Batalhão da Polícia Militar em Toledo...** Op. cit.

⁶⁸⁵ OLIVEIRA, Fábio Aparecido Webel; BENTO, Elaine Volpe Alves. **Núcleo de Mediação Comunitária: CEJUSC da Polícia Militar**. Araçatuba: Prêmio Inovare, ed. XIV, 2017. Disponível em: <https://www.premioinnovare.com.br/pratica/3189/print>. Acesso em 25 de jan. 2020.

abre o banco de dados e consulta quem foram as pessoas encaminhadas para o seu NUMEC, se o solicitante não fizer contato em alguns dias com o mediador o mesmo entra em contato com o cidadão levando a explanação do funcionamento do NUMEC e seus benefícios (...)⁶⁸⁶

O caráter benéfico da ideia não faz, contudo, desaparecer a polêmica e incompatibilidade em torno da figura de autoridade, incompatível com a mediação na sua perspectiva purista, e o problema técnico jurídico de que o titular da ação penal em casos envolvendo perturbação ao sossego é o MP, que tem a palavra final quanto à propositura da denúncia⁶⁸⁷. Evidencia-se, portanto, que o modelo adotado pela proposta em questão é o maximalista e que seus efeitos despenalizadores são evidentes, apesar de a gradação restaurativa ser mitigada em face da sua aproximação do sistema criminal.

3.4 Origens e características das práticas restaurativas usualmente aplicadas para a abordagem de conflitos vinculados a casos penais

Gordon Bazemore e Mark Umbreit enfatizaram que as práticas restaurativas ideais depositam sua atenção sobre três questões: **(i)** a natureza do dano causado pelo crime; **(ii)** o que precisa ser feito para reparar ou amenizar o dano; e **(iii)** como podem ser balizados a responsabilização do ofensor, a reparação do dano e o balanceamento entre as necessidades da vítima, autor da ofensa e membros da comunidade considerando que todos estão envolvidos na construção da resposta ao crime⁶⁸⁸? É certo que a vertente adotada como referência pode mitigar ou priorizar um desses fatores em detrimento dos demais, mas tanto entre puristas quanto maximalistas se entende que a observância de todos torna o programa o mais restaurativo possível.

Os referidos elementos, por não serem descritos a partir de conceitos claros e objetivos, trazem problemas de avaliação aos programas restaurativos, afinal eles possuem aspirações mais holísticas do que o sistema de justiça e não podem usar somente a taxa de

⁶⁸⁶ OLIVEIRA, Fábio Aparecido Webel; BENTO, Elaine Volpe Alves. **Núcleo de Mediação Comunitária: CEJUSC da Polícia Militar...** Op. cit.

⁶⁸⁷ Vide Lei das Contravenções Penais (Decreto-Lei nº 3.688 de outubro de 1941: Art. 17. A ação penal é pública, devendo a autoridade proceder de ofício; art. 42. Perturbar alguém o trabalho ou o sossego alheios: I – com gritaria ou algazarra; II – exercendo profissão incômoda ou ruidosa, em desacordo com as prescrições legais; III – abusando de instrumentos sonoros ou sinais acústicos; IV – provocando ou não procurando impedir barulho produzido por animal de que tem a guarda: Pena – prisão simples, de quinze dias a três meses, ou multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis. Em: BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941** ... Op. cit.

⁶⁸⁸ BAZEMORE; Gordon; UMBREIT, Mark. A Comparison of Four Restorative Conferencing Models. **Juvenile Justice Bulletin**. Washington: U.S Department of Justice, fevereiro, p. 1-19, 2001, p. 1.

reincidência ou a diminuição de crimes para mensurar sua qualidade⁶⁸⁹. Dessa forma, faz-se igualmente relevante analisar com precisão a satisfação dos participantes, a sua percepção em relação ao caso penal pré e pós- participação nas práticas restaurativas e quais mudanças de expectativas as práticas propiciaram em relação ao *outcome* da gestão do caso penal, por exemplo.

Além disso, a avaliação de possíveis impactos gerados pelas práticas dependerá da metodologia adotada, cuja seleção será influenciada pelo perfil das partes de fato e do caso penal em concreto. Por isso, e para se ter noção de como a JR se manifesta enquanto prática de transformação de conflitos, faz-se imprescindível estudar as principais metodologias usualmente atreladas a ela quando da sua aplicação em casos penais.

Mesmo reconhecendo a relevância de outras abordagens, optou-se por priorizar a explanação acerca das origens e características basilares das três metodologias de práticas restaurativas consideradas como básicas pelos restaurativistas, e que já adquiriram um alto grau de institucionalização em relação as demais: **(i)** a mediação vítima-ofensor; **(ii)** as conferências familiares e **(iii)** as práticas restaurativas circulares⁶⁹⁰.

3.4. A mediação vítima-ofensor segundo a experiência da América do Norte

A mediação vítima-ofensor (MVO) é considerada a primeira prática restaurativa (institucionalizada) destinada a abordar casos penais contemporaneamente. O primeiro programa de MVO foi implementado em de 1974 na cidade de Kitchener, província de Ontário, no Canadá, denominado “programa de reconciliação entre vítima e ofensor”⁶⁹¹. Essa abordagem pressupõe a pré-mediação, descrita no item destinado a tratar sobre as incumbências do facilitador, e tal etapa diz respeito, em suma, à preparação dos participantes para a mediação, viabilizando-se aos convidados a expressão da sua versão do ocorrido ao facilitador a este a explicação sobre o funcionamento do procedimento e expectativas em relação às posturas daqueles que manifestem interesse em aderir ao programa.

Na MVO os envolvidos em um caso penal são reunidos em uma sessão de mediação na qual as vítimas explicam aos responsáveis pela ofensa como o crime as afetou e estes expõem como percebem a tal conduta, quais os motivos os levaram à escolha pela prática

⁶⁸⁹ BAZEMORE; Gordon; UMBREIT, Mark. A Comparison of Four Restorative Conferencing Models... Op. cit., p. 14.

⁶⁹⁰ SUZUKI, Mashiro; HAYES, Hennessey. Current Debates over Restorative Justice... Op. cit., p. 7.

⁶⁹¹ SUZUKI, Mashiro; HAYES, Hennessey. Current Debates over Restorative Justice... Op. cit., p. 7.

delituosa e, além disso, respondem às perguntas das vítimas. Estando o caso, suas causas e consequências bem esclarecidos, o mediador auxiliará as partes de fato nas tratativas para a organização envolvendo um plano de ação com o fito de reparar o mal causado pelo delito⁶⁹².

Ilana Martins Luz explicou também ser possível a MVO-indireta, que consistiria em uma variação na qual não há o encontro entre vítima e autor da ofensa em razão do visível desequilíbrio de poder entre as partes⁶⁹³. Assim, pressupondo-se que há grande risco de coerção e de que o diálogo será infrutífero e violento, a mediação indireta é conduzida por um mediador que dubla as partes, transmitindo e filtrando as mensagens de uma para a outra com vistas a promover o equilíbrio e a isonomia, mesmo que elas não estejam no mesmo espaço físico⁶⁹⁴. Outra possibilidade é o diálogo por meio de cartas, que é intermediado por um mediador o qual realiza a leitura dessas.

Em seu manual, Mark Umbreit e Ted Lewis descreveram a MVO como um procedimento em que vítimas envolvidas em crimes contra a propriedade ou ofensas menores têm a oportunidade de se encontrar com seus ofensores em um local seguro e estruturado⁶⁹⁵. Neste local, as vítimas poderão responsabilizá-los pelos seus atos, manifestar a censura contra eles e participar do processo de formulação de uma compensação a ser realizada pelo autor da ofensa. Para estes autores, esse tipo mediação não parece ser apropriada a todos os tipos de crimes, sendo direcionada prioritariamente a casos envolvendo uma ofensa episódica e geralmente atrelada a crimes contra o patrimônio, ressaltando-se que as vítimas devem ter uma oportunidade voluntária de participar assim como os autores de ofensas. Os autores apontaram que a média de adesão aos programas, de ambas as partes de fato, gira em torno de 60 a 70%⁶⁹⁶.

A diferença entre a MVO e a mediação normal, na ótica de Umbreit e Lewis, é que esta se estrutura com base no fato de que os participantes são litigantes e que possuem interesses e pontos de vista contrapostos, de modo que se busca harmonizar tais interesses a partir de técnicas dialógicas e negociais. Na MVO, entretanto, os envolvidos não são vistos como litigantes e há uma clara distinção prévia dos papéis do responsável pela ofensa (já

⁶⁹² SUZUKI, Mashiro; HAYES, Hennessey. *Current Debates over Restorative Justice...* Op. cit., p. 7.

⁶⁹³ LUZ, Ilana Martins. **Justiça Restaurativa e Mediação Vítima-Ofensor no sistema Criminal ...** Op. cit., p. 634.

⁶⁹⁴ LUZ, Ilana Martins. **Justiça Restaurativa e Mediação Vítima-Ofensor no sistema Criminal...** Op. cit., p. 634.

⁶⁹⁵ UMBREIT, Mark S.; LEWIS, Ted. **Victim Offender Mediation Training Manual: A composite collection of training resource materials.** Minneapolis: University of Minnesota, Center for Restorative Justice & Pacemaking, 2015, p. 91

⁶⁹⁶ UMBREIT, Mark S.; LEWIS, Ted. **Victim Offender Mediation Training Manual...** Op. cit., p. 91-92.

pressuposto como “devedor”) e o ofendido (credor de explicações com poder de responsabilizar)⁶⁹⁷. Portanto, a questão da responsabilidade pela ofensa não é objeto de mediação e negociação, nem a expectativa de que a vítima deve receber ao menos o suficiente para compensar suas perdas e danos⁶⁹⁸. Assim na MVO se parte de pressupostos que engessam certas premissas adotadas durante o diálogo entre os participantes, enquanto na mediação comum é regra que a divisão de responsabilidades e as balizas mínimas para a formulação de um acordo sejam construídas durante o procedimento, conjuntamente com a definição dos papéis de cada um.

Trata-se de uma autocomposição direcionada especificamente a ofensas penais, orientando a gestão do caso penal pelo diálogo mediado entre vítima e autor da ofensa com ênfase na “cura” do mal causado e na responsabilização daquele que o praticou⁶⁹⁹. Segundo Umbreit e Lewis, a tendência é que as sessões de mediação resultem em acordos de reparação, mas é relevante ressaltar o fato de suas pesquisas envolvendo programas norte-americanos demonstra que a restituição é menos importante para as vítimas do que o diálogo e os esclarecimentos propiciados pela autocomposição⁷⁰⁰.

Para os autores, o mínimo que se espera de uma sessão de MVO é que ela propicie a reparação material dos danos pelo autor da ofensa (maximalismo), mas isso ainda representaria um grau pequeno de restauração, uma vez que a prática seria orientada somente pelo resultado final e com enfoque na conduta do ofensor, enquanto a participação da vítima seria secundária. Nessa circunstância, as mediações são essencialmente avaliativas, com intervenções e sugestões por parte do mediador e os ofendidos sequer escolhem o local da autocomposição ou mesmo indicam apoiadores como participantes adicionais⁷⁰¹.

Nesse tipo de MVO, o procedimento consiste basicamente: **(i)** na descrição da ofensa pelo mediador, conforme os relatórios que teve acesso; **(ii)** na fala do responsável pela ofensa, que, a depender do programa, deverá ou não reconhecer sua autoria perante a vítima; **(iii)** na realização de perguntas pela vítima que o mediador redirecionado ao outro sujeito e **(iv)** na construção de um acordo com base nas questões necessidades em pauta. A abordagem é objetiva e não há um encontro pré-mediação, sem falar que para a sua

⁶⁹⁷ UMBREIT, Mark S.; LEWIS, Ted. **Victim Offender Mediation Training Manual...** Op. cit., p. 92-93.

⁶⁹⁸ UMBREIT, Mark S.; LEWIS, Ted. **Victim Offender Mediation Training Manual...** Op. cit., p. 93.

⁶⁹⁹ UMBREIT, Mark S.; LEWIS, Ted. **Victim Offender Mediation Training Manual...** Op. cit., p. 93.

⁷⁰⁰ UMBREIT, Mark S.; LEWIS, Ted. **Victim Offender Mediation Training Manual...** Op. cit., p. 93.

⁷⁰¹ UMBREIT, Mark S.; LEWIS, Ted. **Victim Offender Mediation Training Manual...** Op. cit., p. 94.

ocorrência a voluntariedade não necessariamente precisa ser respeitada⁷⁰². Esse estilo de MVO aproxima-se da proposta de formato das conciliações criminais que ocorrem nos juizados especiais criminais brasileiros.

Em contrapartida, nas MVO's com maior potencial restaurativo, as práticas são orientadas pela qualidade das interações (*encounter theory*) com enfoque nas necessidades e sentimentos das vítimas. Essa mediação visa a providenciar espaços seguros de diálogo entre autor da ofensa e vítima, no qual a vítima poderá transformar sua experiência em um objeto de narrativa e explicar os impactos do crime em sua vida face a face com aquele que a lesou. As vítimas têm a faculdade para determinar onde será o encontro, quem elas gostariam que estivesse presente e há, previamente ao encontro, a realização pré-mediações com ambos os protagonistas, nas quais a voluntariedade e a alta tolerância à expressão de sentimentos são ressaltadas como princípios condutores desta técnica⁷⁰³.

Essa MVO, de alto, “teor restaurativo”, centra-se no que Umbreit e Lewis chamam de “modelo humanístico”, que se assenta na crença da humanidade como um fator compartilhado entre os indivíduos e do mediador como um terceiro cuja função é conectar a humanidade do responsável pela ofensa com a do ofendido⁷⁰⁴. Parte-se do pressuposto de que a mediação possui um potencial curativo enquanto procedimento cooperativo que incentiva a conexão mediante o compartilhamento de sentimentos e necessidades, que compõem a humanidade, e na crença de que existe um desejo humano de conviver pacificamente, o que possibilitaria superar a adversidade e os preconceitos. Nesses termos, a MVO intenta a aproximação entre o ofendido (ou família deste) e o ofensor para que ambos dialoguem, conversem sobre as causas, motivos e impactos do crime praticado e, se possível, celebrem um acordo que preveja formas de reparação e medidas para assegurar que a conduta lesiva não se repita.

Na América do Norte há programas de MVO que operam como alternativa à persecução penal e outros como condição para concessão de liberdade condicional, se a vítima estiver interessada⁷⁰⁵. Sobre este último ponto, tem-se que esta condição apenas é válida enquanto alternativa a outras opções legalmente disponíveis, uma vez que isso seria vincular um direito do apenado à vontade da vítima, enquanto na primeira possibilidade tem-se que o procedimento em si pode resultar em um freio à persecução penal, mas sem

⁷⁰² UMBREIT, Mark S.; LEWIS, Ted. *Victim Offender Mediation Training Manual*... Op. cit., p. 94

⁷⁰³ UMBREIT, Mark S.; LEWIS, Ted. *Victim Offender Mediation Training Manual*... Op. cit., p. 94.

⁷⁰⁴ UMBREIT, Mark S.; LEWIS, Ted. *Victim Offender Mediation Training Manual*... Op. cit., p. 95.

⁷⁰⁵ UMBREIT, Mark S.; LEWIS, Ted. *Victim Offender Mediation Training Manual*... Op. cit., p. 91.

prejuízo do devido processo legal, ou seja, sem macular qualquer direito que já seja garantido ao autor da ofensa.

Para Ilana Martins, a melhor fase para encaminhar um processo à mediação seria logo em seguida à acusação, para evitar o arbítrio policial no encaminhamento de casos⁷⁰⁶. Essa opção, ante o princípio da indisponibilidade do processo penal, desqualificaria a MVO como uma alternativa persecução penal nos casos que ela seja efetivada mediante denúncia. Os efeitos da MVO sobre a esfera penal, na proposta de Martins, poderiam ser considerados no cálculo da dosimetria de eventual pena, operando como uma minimização das consequências negativas do crime que reduziria a pena-base (art. 59, *caput*, do CP), ou mesmo uma atenuante genérica (art. 66 do CP), por exemplo. A participação na MVO e o cumprimento de um acordo também favoreceria a estipulação do regime de cumprimento da pena.

A mediação também pode ser realizada mesmo sem a pretensão de gerar efeitos jurídicos, tendo apenas como finalidade promover a interação entre autor da ofensa e ofendido para fins de viabilizar esclarecimentos, retratações e mesmo reparações sem qualquer garantia de contrapartida⁷⁰⁷. Os efeitos jurídicos, nessa opção decorreriam das alterações que a prática restaurativa, a partir das ações de seus participantes, produzisse na realidade material. Assim, independente do programa estar ou não vinculado ao sistema de justiça, se eles contribuírem efetivamente para a reparação ou minimização dos danos causados à vítima, resgatarem o sentimento coletivo de segurança e /ou possibilitarem a devida responsabilização censura do ofensor, mesmo de maneira seu impacto deve obrigatoriamente ser considerado pelo plano institucional.

Em relação às consequências jurídicas para o responsável pela ofensa, os resultados positivos da MVO poderiam, como abordado anteriormente, respaldar uma decisão ministerial pelo arquivamento das investigações na fase pré-processual, minimizar a severidade da aplicação da pena na fase processual, ou mesmo colaborar para a sua progressão de regime e concessão de benefícios, durante a fase de execução. Não se olvida que esses possíveis benefícios influenciem a adesão do autor da ofensa ao programa, mas, considerando que todos os efeitos supracitados dependem dos desfechos provenientes das interações entre ele e demais atores da MVO, além dos resultados serem incertos, eles não são desqualificados pela racionalidade calculista inicialmente adotada pelo ofensor. Isso

⁷⁰⁶ LUZ, Ilana Martins. **Justiça Restaurativa e Mediação Vítima-Ofensor no sistema Criminal...** Op. cit., p. 643.

⁷⁰⁷ REGGIO, Federico. **Giustizia dialogica...** Op. cit., p. 31-33.

dito, se ninguém vislumbrasse benefícios em aderir à MVO, a única maneira desta abordagem se perpetuar seria através da coerção. A prática, todavia, denota que as iniciativas voluntárias prevalecem e isso só é possível em virtude dos benefícios das mais diversas naturezas que elas propiciam.

3.4.2 Da seara infracional juvenil para o campo penal: os grupos de conferência familiar e as narrativas restaurativas para a institucionalização dessa modalidade na Nova Zelândia e Austrália

A “conferência familiar” é uma prática restaurativa comumente associada às tradições nativas da Nova Zelândia e dos povos aborígenes do Canadá, também chamados de *first nations*. Em ambos os países ela é usada para abordar questões de negligência familiar de crianças e adolescentes, direcionada a oportunizar a reflexão sobre esse quadro e sobre as necessidades de mudanças na conduta da família em relação ao bem-estar do infante, para que este permaneça sob sua guarda⁷⁰⁸.

Na Nova Zelândia a conferência também opera como alternativa à persecução judicial de atos infracionais realizados por adolescentes em conflito com a lei, e mesmo em alguns casos de crimes cometidos por adultos. Trata-se de um sistema de complementaridade entre o modelo processual judicial e a via restaurativa, que opera como um filtro à intervenção jurisdicional. Nesse modelo, prioriza-se a construção dialógica de respostas pela vítima, autor da ofensa, seus familiares e agentes do Estado, como assistentes sociais, e mesmo o oficial de polícia responsável por atender a ocorrência.

Essa segunda forma de grupos de conferências familiares (GCF) será o objeto de deste subcapítulo, mas antes de analisar a metodologia, faz-se pertinente situar o leitor sobre o processo de assimilação institucional das práticas restaurativas tanto pela Nova Zelândia quanto, posteriormente, pela Austrália. No Brasil⁷⁰⁹ e na Nova Zelândia, a institucionalização da JR se iniciou no campo infracional juvenil, mas no segundo país, houve certa pressão de algumas camadas da população para que sesse movimento ocorresse. Feita essa ressalva, a breve reflexão histórica munirá o leitor com algumas

⁷⁰⁸ Sobre o tema ver: NORTH OKANAGAN FRIENDSHIP CENTER SOCIETY. **Aboriginal Family Group Conferencing Program**. Vernon: 2020. Disponível em: <https://www.vernonfirstnationsfriendshipcentre.com/adult/family-group-circle/>. Acesso em 25 de jan. 2020; BRITISH COLUMBIA. **Aboriginal Family Healing Court Conferences**. Vancouver: Provincial Court, 2018. Disponível em: <https://www.provinciacourt.bc.ca/enews/enews-23-01-2018>. Acesso em 25 de jan. 2020.

⁷⁰⁹ BRANCHER, Leoberto. **A paz que nasce de uma nova justiça**. Caxias do Sul: Ajuris, TJRS, 2014, p. 16.

cautelas e ressalvas sobre as narrativas de incorporação da JR em realidades estrangeiras, as quais são assimiladas com certa simplicidade em nossos discursos nacionais para respaldar o movimento restaurativo no sistema brasileiro.

Nesse sentido, dificilmente uma explicação dos GCF virá desacompanha de sua associação com as práticas tradicionais do dito “povo” maori. Tal afirmação reflete o pressuposto de que as práticas restaurativas originam-se de matrizes tribais, premissa esta adotada neste trabalho. Quanto a isso, no entanto, cabem duas considerações.

A primeira diz respeito ao risco da apropriação institucional das ditas práticas comprometer a sua autenticidade e essência em razão do choque entre a mentalidade e do contexto tribal com a agenda judicial, vinculada à racionalidade estatal. A segunda é relativa à verificação se essa assimilação corresponde a um movimento que intenta reformar o modelo de justiça judicial a partir do diálogo com outras culturas, ou se aludir a tais tradições é uma validação discursiva para preservar o modelo posto e estender a informalização da resposta estatal a casos penais com o fito de desafogar o sistema judicial e carcerário.

Nesse sentido, é pertinente o questionamento sobre a vinculação dos GCF com o “povo maori”. Jéssica Lai, ao tratar da divulgação e monetização da “cultura maori”, ressaltou que antes da colonização inglesa da Nova Zelândia, o termo nunca havia sido usado como referência aos diversos povos indígenas que viviam na região⁷¹⁰. Previamente às invasões colonialistas os nativos não precisavam se identificar como uma única etnia, de modo que sua identidade se associava a tribo da qual pertenciam⁷¹¹. A colonização e o desejo colonizador de lidar com um único povo resultou no encorajamento da conjugação das várias coletividades nativas sob uma única identidade, separando-se o “nós”, colonizadores, do “eles”, nativos. A origem da palavra “maori” pode ser interpretada tanto como uma estratégia discursiva de resistência aos invasores, a partir da provocação da união dos nativos para expulsá-los, quanto um incentivo gerencial do colonizar para justificar o mesmo tratamento a coletividades diversas, segregados a partir de um elemento comum: a origem nativa.

Atualmente a palavra maori, inclusive por definição legal, continua sendo utilizada para remeter aos neozelandeses de ascendência nativa, embora poucas pessoas associem a colonização com a cunhagem do termo. Apesar disso, a autopercepção do sujeito como

⁷¹⁰ LAI, Jessica Christine. Maori Culture in the Modern World: its creation appropriation and trade. **i-call working paper**. Universitat Luzern, n. 2, setembro de 2010, p. 5.

⁷¹¹ LAI, Jessica Christine. Maori Culture in the Modern World: its creation appropriation and trade... Op. cit., p. 5.

maori assemelha-se à concepção de *whakapapa*, cuja tradução significa linhagem ou genealogia. A *whakapapa* conecta o sujeito com os deuses, com a criação e com a sua origem, representando uma herança fundante do seu ser, a qual provém da descendência. Portanto, tanto a definição legal de maori, quanto à noção de *whakapapa* tornam a ancestralidade crucial para conformação da identidade⁷¹².

Essas constatações são relevantes para a compreensão de como a GCF se difundiu como prática estatalmente reconhecida na Nova Zelândia e Austrália. A incorporação dos GCF nesses sistemas de justiça amparou-se no discurso do respeito aos costumes nativos. Ocorre que, os motivos para essa institucionalização na Nova Zelândia foram manifestações populares de insatisfação, especialmente de comunidades descendentes dos nativos, com o tratamento estatal de jovens autores de atos infracionais. Na Austrália, entretanto, embora o discurso não fosse muito diferente, a adoção da modalidade de GCF foi mais uma importação do país vizinho do que uma mudança originária de demandas populares.

Na Nova Zelândia há uma divisão entre as cortes de família e as cortes da juventude. Nas primeiras abordam-se questões envolvendo pessoas com menos de 14 anos e situações familiares de disfunção que geram riscos a crianças e adolescentes⁷¹³. Nas *Youth Courts* tutelam-se casos de infrações cometidas por jovens entre 14 e 17 anos, porém em circunstâncias mais sérias, estes adolescentes podem ser direcionados, se a *Youth Court* competente autorizar, à corte comum, voltada ao julgamento de adultos⁷¹⁴.

Antes de 1989 o Estado neozelandês fazia uso de um modelo correcional interventor e assistencial de *wellfare* no campo da infância e juventude e na área infracional juvenil. Assim, questões relacionadas a crianças em situação de risco ou jovens com conduta imprópria eram encaminhadas a profissionais que, por meio de pareceres, direcionavam recomendações aos tribunais que, a partir delas, decidiam o futuro dessas crianças e adolescentes⁷¹⁵. Nesse modelo, os jovens e crianças foram, em muitos casos, removidos de suas famílias.

Nos anos 80, havia uma crescente preocupação com o afastamento de crianças e jovens de suas famílias, pois isso era visto como desestabilizador e prejudicial ao desenvolvimento infanto-juvenil, o que levou ao descrédito do modelo supracitado perante

⁷¹² LAI, Jessica Christine. *Maori Culture in the Modern World: its creation appropriation and trade...* Op. cit., p. 5-7.

⁷¹³ MCELREA, F. W. M. *The New Zealand Model of Family Group Conferences*. Kingston (Canada): paper apresentado no International Symposium "Beyond Prisons", março de 1998, p. 2.

⁷¹⁴ MCELREA, F. W. M. *The New Zealand Model of Family Group Conferences...* Op. cit., p. 2.

⁷¹⁵ SCHMID, Donald J. *Restorative Justice in New Zealand...* Op. cit., p. 11.

o povo da Nova Zelândia. Muitos descendentes de nativos expressaram suas preocupações de que o afastamento, fosse para fins correccionais ou para remediar situações de risco, contrariava seus os valores comunitários, representando um sequestro da identidade dos jovens, quebrando suas linhas de parentesco e pertencimento coletivo⁷¹⁶.

Como resultado, em meados dos anos 80 um projeto de lei voltado à área da infância e juventude foi apresentado ao Parlamento. Em 1987 o Ministro do Departamento de Bem-Estar Social determinou que a proposta sofresse uma revisão para se tornar culturalmente mais sensível aos *tangata whenua* (povos indígenas)⁷¹⁷.

Dentre as medidas de alteração recomendadas estava a previsão da realização de grupos familiares de diálogo como espaços para o desenvolvimento de respostas aos problemas da juventude. Essas instruções foram embasadas em observações e objeções à versão do projeto de lei submetida ao público em 1986⁷¹⁸, de modo que a participação popular incentivou a superação da perspectiva monocultural (estatal-paternalista) que permeava o projeto anterior.

Assim, vários estudiosos associam a previsão dos GCF na legislação com a tradição dos povos nativos, genericamente chamados de maori, mas ninguém foi capaz de citar qualquer evidência concreta de que as reuniões tribais (*hui*) realizadas previamente à colonização se assemelhavam à dinâmica dessas conferências⁷¹⁹. Em virtude disso, Donald J. Smith, ao abordar a difusão da JR na Nova Zelândia, expressou que a positivação da modalidade conferencial foi mais um produto de pressão popular pela inclusão de famílias próximas (*whanau*) e extensas (*hapu*) em processos decisórios judiciais sobre suas crianças e adolescentes, do que de um resgate de tradições tribais. Trata-se de uma reação ao modelo tecnicista em que os profissionais de cuidado e proteção decidiam, através dos pareceres que norteavam as decisões judiciais, o destino de crianças e adolescentes⁷²⁰.

Isso não significa que a participação popular tenha sido menos relevante para a superação da proposta legislativa antecessora ao “*Children, Young Persons and Their Families Act*”, mas evidencia que em torno da JR existem narrativas, criadas também pelas instituições de poder, a fim de naturalizar-se a partir de referências tradicionais e históricas que merecem tanta ponderação quanto o discurso penal de historiografia linear. A maior proximidade com um modelo tribunal de gestão de conflitos é evidente, enquanto proposta

⁷¹⁶ SCHMID, Donald J. *Restorative Justice in New Zealand*... Op. cit., p. 11.

⁷¹⁷ SCHMID, Donald J. *Restorative Justice in New Zealand*... Op. cit., p. 12.

⁷¹⁸ SCHMID, Donald J. *Restorative Justice in New Zealand*... Op. cit., p. 12.

⁷¹⁹ SCHMID, Donald J. *Restorative Justice in New Zealand*... Op. cit., p. 12.

⁷²⁰ SCHMID, Donald J. *Restorative Justice in New Zealand*... Op. cit., p. 12.

dialógica focada nos aspectos relacionais e de autopreservação, mas a utilização da marca “maori” ou “indígena” para promover a aceitação de práticas restaurativas, calcada no apelo ao retorno de um “estágio natural da convivência”, é uma estratégia discursiva temerária.

A importação do modelo tribal de gestão de conflitos implica na adaptação deste, modelo em menor ou maior grau, ao contexto sociocultural da instituição importadora e do público abrangido pela modalidade. Esse discurso importador, naturalista e apelativo, oculta então as possíveis incoerências e recortes institucional dessas práticas tribais para que elas se encaixem no sistema que as abrange.

Por trás dos discursos de inspirações em práticas tradicionais podem existir pretensões de preservação do *status quo*. É justamente sobre este ponto que os restaurativistas, se efetivamente pretendem revolucionar o modelo convencional de justiça, devem dedicar especial cautela para não correrem o risco de apenas oferecer mais fôlego ao modo de operar atual do sistema de justiça e permitirem que as práticas restaurativas sejam utilizadas como imposição sutil da violência estrutural.

Pois bem, em 1990, o governo fez dos GCF a pedra angular do “*Children, Young Persons and Their Families Act*” de 1989, prevendo-os como modalidade de abordagem de conflitos envolvendo jovens autores de atos infracionais e estabelecendo-os como possíveis técnicas para a construção de respostas a casos de negligência familiar envolvendo esse público⁷²¹. O desenvolvimento dos programas restaurativos neozelandeses respaldou-se no teor dessa norma que, nas palavras de McElrea, introduziu o conceito de “conferência familiar”, e no conteúdo do “*Sentencing Act*”, “*Parole Act*” e “*Victims Rights Act*”, também do ano de 2002, que balizaram as suas consequências jurídicas e o tratamento procedimental diferenciado destinado às vítimas de infrações e crimes⁷²². Destarte, não existe na Nova Zelândia, uma lei específica que regule a condução e efeitos das práticas de JR, ou mesmo uma política de difusão de perspectivas restaurativistas. Ainda assim, o país tornou-se uma referência.

Com a nova legislação e o desenvolvimento das experiências restaurativas, o Judiciário Neozelandês designou profissionais da Área da Infância para conduzirem as conferências, como os “*Young Justice Co-ordinators*” (colaboradores do Departamento de Bem-Estar Social) que organizam e usualmente atuam como facilitadores nos encontros

⁷²¹ SUZUKI, Mashiro; HAYES, Hennessey. Current Debates over Restorative Justice.. Op. cit., p. 7.

⁷²² MCELREA, Fred W. M.. **The New Zealand experience of restorative justice legislation**. Minneapolis (EUA): 5th Annual Conference of the Association for Conflict Resolution, 2005, p. 1.

restaurativos⁷²³. Nesse modelo, encampado pelo sistema de justiça, feita a triagem de casos e havendo a anuência do autor do ato infracional, o coordenador de justiça juvenil convida a vítima da infração e seus familiares (se ela indicar) para um encontro com o autor da ofensa, a família deste e um defensor ou advogado se ele requisitar⁷²⁴. Após conversar individualmente com todos, realizando uma pré-autocomposição para ouvir cada um explicar os detalhes e possíveis deslindes da proposta restaurativa, o coordenador agenda a conferência. O agente policial responsável pelo caso e técnicos do sistema de justiça (psicólogos e assistentes sociais) também podem participar do encontro.

Seguindo as apresentações, a conferência é geralmente iniciada pelo agente policial, que promove uma leitura da “declaração dos fatos”, descrevendo a ofensa e informações básicas sobre o jovem infrator. Em seguida pergunta-se ao jovem se ele nega ou admite esses fatos⁷²⁵. Havendo concordância, solicita-se à vítima que relate o impacto da ofensa em sua vida, caso contrário, suspende-se a conferência e retoma-se a via procedimental convencional. Nas ocasiões em que a vítima não possui condições ou não deseja comparecer, o coordenador de justiça juvenil poderá ler uma carta ou outro tipo de declaração feita por ela, relatando os efeitos do ato infracional.

Após as declarações da vítima, abre-se a palavra para o autor da infração, o que geralmente resulta em um pedido de desculpas ou na expressão de remorso⁷²⁶. Os demais participantes, familiares na sua maioria, discutem coletivamente e oferecem sugestões sobre o que deve ser feito para reparar o dano à vítima, como indenizações e restituições, bem como posturas que o responsável deve adotar para demonstrar a assimilação da reprovabilidade de seu ato⁷²⁷. Superado um período de discussão, o responsável pela ofensa é deixado sozinho com sua família para discutir os termos de um plano de ação que atenda às necessidades aventadas anteriormente. Durante esse período a família da vítima e esta discutem em local separado os critérios que consideram fundamentais para aceitar a proposta do plano a ser ofertado.

Finalizadas as *caucus* ou reuniões privadas, o grupo se reúne novamente para ouvir a proposta e então esta é coletivamente discutida. Nessa conversa é abordada a justiça e proporcionalidade assim como a sua exequibilidade. A polícia e os profissionais técnicos

⁷²³ MCELREA, Fred W. M. **The New Zealand experience of restorative justice legislation...** Op. cit., p. 2.

⁷²⁴ SCHMID, Donald J.; **Restorative Justice in New Zealand...** Op. cit. p. 13. MCELREA, Fred W. M.. **The New Zealand Model of Family Group Conferences**. Kingston (Canada): paper apresentado no International Symposium “Beyond Prisons”, março de 1998, p. 3.

⁷²⁵ SCHMID, Donald J. **Restorative Justice in New Zealand ...** Op. cit. p. 13.

⁷²⁶ SCHMID, Donald J. **Restorative Justice in New Zealand ...** Op. cit. p. 13.

⁷²⁷ SCHMID, Donald J. **Restorative Justice in New Zealand ...** Op. cit. p. 13.

integram essas discussões, apresentando o Estado e podendo opinar negativamente pela homologação do acordo, tendo, como os demais presentes, poder de veto⁷²⁸.

Os GCF são utilizados como um potencial modelo de desvio que busca frear o *ius puniendi* e evitar a submissão dos jovens à tutela jurisdicional. Dessa forma, reduzem-se as determinações de comparecimento do jovem às cortes e o decreto de prisões preventivas, apostando-se, como primeira via, na realização dos GCF⁷²⁹.

Quando o jovem não tiver sido preso, no plano resultante da conferência pode constar a recomendação se ele deve ou não ser processado e como a questão pode ser abordada pelos operadores do sistema de justiça. Quando ele estiver preso, é a corte que endereça o caso a um GCF para que nele seja estipulado como o caso pode ser abordado, qual o resultado desejado pelos envolvidos e mesmo qual tipo de sanção deveria ser aplicada. Usualmente são estipulados nos acordos os seguintes termos: a formalização de um pedido de desculpas, a reparação de danos, serviços comunitários, compromisso de comparecimento à escola, etc⁷³⁰.

Se o consenso for atingido, lavra-se um termo que é registrado por escrito pelo coordenador, assinado pelos participantes, e encaminhado à autoridade competente para análise e possível homologação⁷³¹. Assim, as cortes também operam como um filtro para recomendações insatisfatórias e desproporcionais, como ocorre no caso brasileiro referente ao ANPP. Com a homologação e posterior cumprimento do acordo, os procedimentos são arquivados.

Quando um plano restaurativo é descumprido, ou não é apresentada uma solução concreta no âmbito das Conferências Familiares, por exemplo, o procedimento atrelado ao conflito é devolvido à tutela jurisdicional⁷³². Em se tratando de um caso que já está judicializado e há descumprimento do acordo, a corte pode impor suas próprias sanções, baseando-se, ou não, no acordo previamente firmado.

O sistema de complementaridade entre JR e processo judicial vai ao encontro do princípio de subsidiariedade constante *Children, Young Persons and Their Families Act* que norteia a atuação da *Youth Justice*, no sentido de que, a menos que o interesse público esteja em sentido contrário, o processo penal não deve ser instituído contra jovens se há meios alternativos de lidar com o caso. Nesse contexto, qualquer via alternativa para lidar

⁷²⁸ MCELREA, F. W. M. *The New Zealand Model of Family Group Conferences...* Op. cit., p. 13.

⁷²⁹ MCELREA, F. W. M. *The New Zealand Model of Family Group Conferences...* Op. cit., p. 2.

⁷³⁰ MCELREA, F. W. M. *The New Zealand Model of Family Group Conferences...* Op. cit., p. 3.

⁷³¹ SCHMID, Donald J. *Restorative Justice in New Zealand: a model for U.S. Criminal Justice...* Op. Cit., p. 13.

⁷³² MCELREA, F. W. M. *The New Zealand Model of Family Group Conferences...* Op. cit., p. 3.

com ofensas cometidas por crianças e adolescentes deve ser desenhada para estreitar laços entre o infrator e sua família, tribo, ou grupo, a fim de se garantir que estes desenvolvam, em conjunto com a vítima, formas construtivas e restaurativas para responder ao ato ofensivo⁷³³.

Logo após promulgação do ato foram reduzidos em 50% os procedimentos ajuizados contra adolescentes em conflito com a lei. Não obstante, Fred McElrea, juiz distrital e defensor da JR na Nova Zelândia, relatou que mesmo antes da legislação de 1989 havia uma significativa intervenção dos agentes policiais para evitar a persecução processual dos jovens. Sobre isso, McElrea narrou que não era incomum o policial visitar o lar do adolescente e em conjunto com a família deste e a família da vítima estabelecer tarefas a serem cumpridas ao jovem ofensor para reparar danos e assumir responsabilidades⁷³⁴. Essa prática informal, que no Brasil seria considerada prevaricação, evitava a notificação e procedimentalização das supostas infrações, embora carente de qualquer embasamento jurídico.

No nível teórico, como lembrou Chris Cunneen⁷³⁵, o uso de conferências tem sido intimamente associado com a teoria da *reintegrative shaming* (vergonha reintegradora) de John Braithwaite⁷³⁶. Isso porque os GCF tendem a implicar no “constrangimento” do jovem ofensor perante sua família ao passo que esse, na medida em que encara as consequências negativas de seu ato e é responsabilizado pelo ofendido, a família deste, sua família e pelos representantes do Estado, expressaria remorso e vergonha em face de tamanha desaprovação⁷³⁷. A censura, contudo, não se confunde com a humilhação ou com o desrespeito, mas sim com a autêntica comunicação da reprovação do ato, possibilitando-se que o jovem e seus familiares tomem ciência da perspectiva do ofendido, manifestando sua vergonha após as devidas manifestações de censuras. Isso possibilitaria ao jovem reconhecer que “errou” e que, para reparar seus atos, deve assumir obrigações em benefício da vítima e da comunidade afetada pela prática infracional.

A teoria de John Braithwaite parte da premissa que a sociedade contará com um menor índice de crimes quanto maior for a eficiência procedimental na comunicação e assimilação da vergonha em relação ao ato⁷³⁸. Apesar disso, o autor ressalva que a

⁷³³ MCELREA, F. W. M. *The New Zealand Model of Family Group Conferences...* Op. cit., p. 4-5.

⁷³⁴ MCELREA, F. W. M. *The New Zealand Model of Family Group Conferences...* Op. cit., p. 5.

⁷³⁵ CUNNEEN, Chris. Community Conferencing and the Fiction of Indigenous Control. *Australian & New Zealand Journal of Criminology*. v. 30, i.3, p. 292-311, 1997, p. 293.

⁷³⁶ BRAITHWAITE, John. *Reintegrative Shaming...* Op. cit.

⁷³⁷ REGGIO, Federico. *Giustizia dialogica...* Op. cit., p. 34-36.

⁷³⁸ BRAITHWAITE, John. *Reintegrative Shaming...* p. 1.

expressão de vergonha que promova estigmatização e exclusão favorecerá o efeito inverso, como apregoa a vertente criminológica do *labeling approach*⁷³⁹. A *reintegrative shaming*, portanto, baseia-se na comunicação respeitosa de desaprovação do ato cometido pela pessoa, que é compreendida como um ser humano essencialmente bom que cometeu uma injustiça.

Essa expressão de reprovação encorajaria o autor da ofensa a compreender a reprovabilidade de seu ato e a desistir de praticar ações semelhantes no futuro⁷⁴⁰. Assim, enquanto a vergonha reintegradora aposta no potencial humano de “acertar as coisas” (*making things right*), atuando de modo pedagógico, prospectivo e construtivo, a estigmatização atuaria com os olhos voltados ao passado, corroendo toda a complexidade existencial do ser humano e a sua identidade social até que este reconheça seu ser e seu papel apenas na etiqueta negativa que lhe foi outorgada⁷⁴¹.

Feita essa breve elucidação sobre a teoria da vergonha reintegradora, pondera-se que os GCF apostam na identificação dos valores da família do autor da infração com o conteúdo da norma jurídica. Além disso, há também a crença do reconhecimento da reprovabilidade do fato pela família do autor da ofensa partir de uma experiência empática vivenciada em um processo comunicativo com a vítima, a família desta e os representantes do Estado. O próprio Braithwaite, contudo, reconhece que a sociedade é permeada de culturas que entram em embates com os referenciais normativos estatais, adotando valores antagônicos que são nutridos, não raro, pela própria situação de marginalidade social em que a família e o jovem se encontram. Para além disso não se olvida das tradicionais violências socioestruturais e iniquidades de poder que assolam e influenciam a mentalidade coletiva, ainda que a legislação prescreva posturas em sentido contrário.

⁷³⁹ Recorrendo aos ensinamentos de Albert Cohen, Braithwaite apontou que a estigmatização gera segregação e a vinculação da identidade pessoal com *status* imputado ao estigmatizado. Em sendo estrutural, a estigmatização favorece a formação de coletividades (subculturas) nas quais os valores referenciais amoldam-se à etiqueta social, antagonizando os representantes da cultura estigmatizante. Neste sentido, a estigmatização tenderia a aumentar a flerte de subculturas com a prática delitiva na medida em que estas neutralizam a vergonha atrelada ao cometimento de crimes. Dessa forma, ocorre-se uma inversão dos valores hegemônicos e na subcultura delitiva a prática de crimes e a ausência de cooperação com a lei estatal são condutas exaltadas. As subculturas propiciam um espaço para identidades para aquele que se opõe ao sistema ou são rejeitadas por ele, acolhendo estas pessoas que têm as chances de reduzidas as chances de inclusão em oportunidades legítimas e assim provoca o autocumprimento da profecia estigmatizante, na qual o sujeito abraça e representa a etiqueta oferecida. A subcultura também favorece a prática de associação diferencial, na qual os sujeitos se reúnem e organizam-se para orquestrar práticas ilícitas. Em: BRAITHWAITE, John. **Reintegrative Shaming...** Op. cit., p. 1, 9-12.

⁷⁴⁰ BRAITHWAITE, John. **Reintegrative Shaming...** Op. cit., p. 1.

⁷⁴¹ A teoria de vergonha reintegradora é uma tentativa explícita de integrar os insights atinentes aos conceitos de “controle”, “subcultura”, “oportunidade”, “aprendizado” (por exemplo, associação diferencial) e “rotulagem” utilizados em por diferentes vertentes criminológicas. BRAITHWAITE, John. **Reintegrative Shaming...** Op. cit., p. 8, 17.

Em situações envolvendo violência de gênero, por exemplo, em que a família do jovem responsável tem em si um profundo enraizamento de noções machistas, o potencial para a ocorrência da *shame* mostra-se severamente reduzido. Mesmo que as conferências estejam majoritariamente associadas com relação a crimes contra o patrimônio, nestes casos também há a possibilidade deste tipo de violência ser naturalizada e justificada com base nas referidas iniquidades e injustiças sociais.

Vejo essa questão não como um impeditivo para a realização das conferências nessas circunstâncias, mas sim como um demonstrativo de que as práticas restaurativas se inserem em contextos complexos que demandam reflexões e estratégias situadas. Ou seja, não basta contar apenas os conceitos atinentes à própria JR, fazendo-se necessário um olhar profundo sobre o caso concreto e a realidade no qual se insere.

A pré-autocomposição permite um contato prévio com cada componente do grupo e fornece uma chance de identificação antecipada das perspectivas de cada um. Em se verificando a alta probabilidade de revitimização se o caso continuar na linha restaurativa, o facilitador ou demais agentes estatais envolvidos no âmbito da conferência familiar podem recomendar a desvinculação do caso do programa, a partir de um relatório detalhado que deve respeitar a confidencialidade do conteúdo exposto. Essa desvinculação ocorreria para proteger a vítima de mais violência, afinal, em um processo judicial, justamente por ser diminuto o contato direto entre ela e o ofensor, esse tipo de revitimização por choque de perspectivas e ausência de reconhecimento do crime é mitigado.

Supondo-se que, mesmo com as citadas peculiaridades, o caso atinja a fase do encontro conferencial, por uma crença tecnicamente embasada de que a experiência de alteridade acarretaria em empatia e desconstrução de preconceitos, tem-se que as chances de ocorrência vergonha são ainda maiores do que no processo judicial. Mais importante ainda, com a devida condução, a participação da vítima, apoiada por sua família e pelos agentes estatais, tende a ser muito mais empoderadora do que no processo, no qual ela é tratada apenas como mero objeto de extração probatória.

As práticas restaurativas podem ser espaços apropriados para o tensionamento de preconceitos na medida em que possibilitam discussões respeitadas envolvendo visões de mundo diversas. Quando feito um profundo trabalho de preparo ao encontro coletivo, com diretrizes claras quanto ao respeito e o direcionamento do programa especialmente para a vítima, assegurando-se momentos e dinâmicas que permitam a expressão de narrativas humanizadoras, tem-se um campo fértil para adotar esse tensionamento. A prescrição, a exposição do “certo” e “errado” previamente a uma construção coletiva do grupo favorece

interações artificiais em que cada um é colocado em um papel predeterminado. Isso tende a ser empobrecedor pois castra as possibilidades de reflexões espontâneas que os próprios participantes poderiam, ao seu modo, realizar. Para tanto, é salutar a presença de uma rede de suporte à vítima, para acolhê-la em caso de revitimização, e um coordenador apto a identificar até que ponto a alteridade está possibilitando um processo comunicativo construtivo e até que ponto ela se tornou um gatilho para a promoção de mais violência.

A *shame* se ampara em dois aspectos principais: a empatia e a emissão de um juízo de reprovabilidade em face aos atos do autor da ofensa, sua família, a vítima, a família desta e os agentes estatais. Reggio adendou, contudo, que tais conferências nem sempre são adequadas para casos envolvendo ofensas cometidas por adultos, visto que os efeitos da *shame* seriam menores na medida em que a mentalidade de pessoas adultas estaria mais sedimentada e seria menos influenciável pelo posicionamento familiar⁷⁴².

Apesar de receios supracitados, em 1994, Fred McElrea deu início na Nova Zelândia aos incentivos para a adoção dos princípios de JR em casos envolvendo conflitos provocados por adultos, convidando o reverendo Douglas Mansill para atuar como coordenador de um caso ao qual McElrea havia sido designado para julgar⁷⁴³. O reverendo realizou uma conferência comunitária que culminou na harmonização dos relacionamentos a partir dos valores compartilhados durante a prática e do cumprimento dos combinados construídos coletivamente. No mesmo ano foi criada uma organização privada para promover práticas conferenciais, chamada “*The Oritenga Restorative Justice Group*”. Em 1995 criaram-se os primeiros projetos de Justiça Restaurativa patrocinados pelo Poder Executivo⁷⁴⁴.

Assim, o Modelo Restaurativo de Justiça na Nova Zelândia, quando se trata dos programas promovidos pelo Estado, adota um sistema de complementaridade estrutural, com órgãos específicos (públicos ou privados) que conduzem as práticas, e de complementaridade funcional, partindo da perspectiva que a função do processo judicial e das práticas restaurativas é a harmonização dos relacionamentos humanos (cada qual com seus limites e pressupostos). Essa complementação funcional é o que respalda os efeitos jurídicos produzidos por meio dessas práticas.

A gravidade do delito e a reincidência não são necessariamente óbices para a realização de práticas restaurativas envolvendo adolescentes na Nova Zelândia, embora

⁷⁴² REGGIO, Federico. *Giustizia dialogica...* Op. cit., p. 36.

⁷⁴³ JANTZI, V. E. *Restorative Justice in New Zealand: Current Practices, Future Possibilities*. Harrisonburg (EUA): Eastern Mennonite University, August, 2001, p. 10.

⁷⁴⁴ JANTZI, V. E. *Restorative Justice in New Zealand: Current...* Op. cit., p. 10.

exista a associação entre essas e crimes patrimoniais⁷⁴⁵. Essa abertura amplia as possibilidades para a superação da concepção de JR como uma via de censura *soft*, ou uma modalidade de premiação para ofensores juvenis se livrarem do processo judicial. Ela traz consigo o reconhecimento da falibilidade e necessária subsidiariedade do sistema convencional, enviando a mensagem de que a linha restaurativa deve operar como uma via disponível aos jurisdicionados.

Importante ressaltar que mesmo associado aos nativos “maori”, esse modelo não se limita a qualquer grupo étnico da Nova Zelândia⁷⁴⁶, sendo estendido a casos envolvendo adultos, os quais são fiscalizados pelas cortes judiciais competentes. Sobre a aplicação da conferência em casos de crimes cometidos por adultos, no início dos anos 2000 foi estabelecida uma parceria entre os programas neozelandeses “*Restorative Justice Trust*” e a Missão Metodista do Norte para estudar, promover e refinar a JR no país. Essa parceria resultou em um projeto em que casos penais que cumprissem com critérios como (i) pena máxima de, pelo menos, dois anos, (ii) agressores que admitiam sua responsabilidade e (iii) consenso dos participantes sobre os fatos, poderiam ser encaminhados a um GCF após a recomendação ser aceita pela corte competente⁷⁴⁷.

Com a notoriedade e impacto social positivo da introdução dos GCF na Nova Zelândia no início dos anos 90, o Sistema de Justiça Australiano buscou reproduzir a iniciativa. Em 1991 em sede do departamento policial da cidade de Wagga Wagga, adotou-se o modelo conferencial, sendo este organizado e dirigido por policiais e tendo como mote evitar a persecução penal, que era concebida como insuficiente para responsabilizar esses jovens e reparar os danos das vítimas⁷⁴⁸. Os critérios são semelhantes aos dos GCF da Nova Zelândia, dando-se menor enfoque à preparação para o encontro e apostando-se na espontaneidade das interações⁷⁴⁹.

Em seu artigo, “*Community Conferencing and the Fiction of Indigenous Control*”, Chris Cunneen contrastou os processos de institucionalização das conferências familiares da Austrália e Nova Zelândia apontando drásticas diferenças em relação à participação e consulta das comunidades tradicionais. Atentando-se ao discurso institucional australiano

⁷⁴⁵ MCELREA, Fred W. M. *The New Zealand experience of restorative justice legislation...* Op. cit., p. 3.

⁷⁴⁶ MAXWELL, Gabrielle. *A Justiça Restaurativa na Nova Zelândia...* Op. cit.

⁷⁴⁷ SCHMID, Donald J. *Restorative Justice in New Zealand...* Op. cit., p. 16-17.

⁷⁴⁸ SCHMID, Donald J. *Restorative Justice in New Zealand...* Op. cit., p. 19.

⁷⁴⁹ Segundo Bazemore e Umbreit, alguns coordenadores filiados ao modelo conferência de Wagga Wagga afirmam que a realização de reuniões de pré-autocomposição compromete o enfoque do encontro coletivo do compartilhamento espontâneo de histórias, seja pela necessidade de repetição dessas pelos participantes, seja pela influência do contato prévio com o coordenador (facilitador). BAZEMORE; Gordon; UMBREIT, Mark. *A Comparison of Four Restorative Conferencing Models...* Op. cit., p. 12.

de associação das conferências com as tradições aborígenes, apesar da importação dessa modalidade, e sua pretensão de utilizá-lo como alternativa ao processo formal, o problema do artigo foi verificar o impacto das conferências familiares em relação à inclusão dos povos nativos no sistema de justiça bem como em relação à autodeterminação dessas comunidades⁷⁵⁰.

A autora iniciou sua reflexão ressaltando que, nos anos noventa, os descendentes de nativos compunham a maior parte dos réus nas cortes da juventude, apesar de serem minorias étnicas. Além disso, essas minorias recebiam menos benefícios relativos à progressão de regime.

Para as comunidades nativas australianas, como os aborígenes, um dos maiores problemas com relação às alternativas formais processuais foi a ausência de consulta prévia, relacionada as suas tradições, bem como a falta de fiscalização e controle dos resultados das práticas restaurativas propostas. Citando a fala de um representante tribal, Cunneen pontuou que as abordagens eram oferecidas como pacotes fechados de soluções alternativas de conflitos a serem consumidos pelas comunidades e criticou que tal paternalismo reflete a forma como o governo conduzia as políticas afirmativas dessas etnias⁷⁵¹.

O desenvolvimento de modelos alternativos à persecução judicial desses jovens, especialmente dos meios que não são construídos em conjunto com o público-alvo, arriscam falhar na compreensão da realidade e mentalidade desse público. Isso, segundo Cunneen, ficou evidente no caso das comunidades nativas australianas, cujas histórias e culturas restaram ignoradas em face à perspectiva neocolonial do Estado, que vendia um discurso de inclusão⁷⁵².

A introdução da CGF na Austrália ocorreu em um clima político específico, em que o discurso político se pautava na brandura das punições e na insuficiência do processo penal para promover a devida responsabilização dos ofensores e a compreensão das consequências de suas ações. A Lei dos Jovens Ofensores de 1993 aboliu os painéis de triagem de casos para abordagens alternativas e os substituiu por um sistema de opções diversificadas, incluindo advertência policial e a CGF⁷⁵³.

⁷⁵⁰ CUNNEEN, Chris. Community Conferencing and the Fiction of Indigenous Control... Op. cit., p. 292.

⁷⁵¹ CUNNEEN, Chris. Community Conferencing and the Fiction of Indigenous Control... Op. cit., p. 293.

⁷⁵² CUNNEEN, Chris. Community Conferencing and the Fiction of Indigenous Control... Op. Cit., p. 293-294.

⁷⁵³ CUNNEEN, Chris. Community Conferencing and the Fiction of Indigenous Control... Op. cit., p. 294.

A diferença crucial que Cunneen indicou entre o movimento do Estado Neozelandês e Australiano em relação à JR foi que no primeiro houve diálogo com a população (embora já tenhamos relatado as ressalvas em relação a ele), e no segundo a importação da modalidade de GCF teria correspondido a uma possível estratégia de controle social para assegurar a maior assimilação de valores do ordenamento jurídico e de uma cultura de brancos, descendentes de europeus, em relação às minorias étnicas. Nas conferências australianas, a polícia exerce o papel de coordenação, e isso, segundo a autora, geraria um desequilíbrio de poder, posto que há uma confusão de papéis entre os investigadores dos fatos e os facilitadores. Ainda, considerando que o papel de coordenação ficou restrito à polícia, aumentou-se o risco da falta de sensibilidade cultural dos programas em relação aos descendentes de nativos, uma vez que os agentes policiais são, em sua maioria, brancos⁷⁵⁴.

A autora constatou também que muitos programas de JR na Austrália, durante esse período inicial, não estavam considerando jovens reincidentes para as conferências, o que excluiu a maior parte dos jovens aborígenes dessas iniciativas⁷⁵⁵. O artigo de Cunneen foi publicado em 1997, porém ele é relevante para apontar como institucionalização de práticas restaurativas pode ter impactos divergentes em relação à legitimidade do Modelo Restaurativo proposto e o seu potencial revolucionário.

De um modo geral, as conferências na Austrália foram introduzidas como uma alternativa à punição, o que foi recebido com entusiasmo pela população, inclusive de origem nativa, mas o diálogo institucional e a participação popular nessas iniciativas teriam sido pobres. Ainda assim, a condução de uma GCF com uma sensibilidade cultural adequada e com esquemas mais inclusivos em relação às culturas nativas pode ser enriquecedora e contribuir com a compreensão não só do ato delituoso, mas de todo o contexto social complexo e desequilibrado no qual ele se insere⁷⁵⁶. Quem sabe assim, as próprias práticas restaurativas não sirvam igualmente como aviso de que a falta de representatividade e atenção às minorias pode culminar na criação de necessidades não expressadas por meio da violência.

Trata-se de uma aposta de que o autor da ofensa pode ser censurado dialogicamente e desenvolver um senso de responsabilidade a partir das reflexões com sua família e outros integrantes da sociedade onde se insere. O GCF, portanto, busca evitar a verticalização

⁷⁵⁴ CUNNEEN, Chris. Community Conferencing and the Fiction of Indigenous Control... Op. cit., p. 294-295.

⁷⁵⁵ CUNNEEN, Chris. Community Conferencing and the Fiction of Indigenous Control... Op. cit., p. 295.

⁷⁵⁶ CUNNEEN, Chris. Community Conferencing and the Fiction of Indigenous Control... Op. cit., p. 296-297.

paternalista da produção de respostas e a abstração jurisdicional do conflito. Em lugar do processo judicial adota-se uma modalidade de gerenciamento compartilhado da situação que resgata a agenda comunitária e a complexidade da dimensão relacional atrelada à ofensa prática.

Desde então o judiciário é o poder estatal que conduz e regula o desenvolvimento do modelo restaurativo na Nova Zelândia e Austrália no âmbito da esfera pública, porém, existem projetos partindo de associações e institutos que estudam, desenvolvem e executam práticas restaurativas nestes países.

Encaminhando-se ao fechamento deste subcapítulo, devo acrescentar que entendo a adoção institucional de práticas restaurativas na Nova Zelândia como um fenômeno situado em uma realidade particular, mas que merece especial atenção por nós brasileiros exatamente pelo fato de dever muito à pressão popular em face do poder público. Essa participação, mais ou menos influente da população, alçada por um interesse coletivo em influenciar as decisões institucionais, colaborou para a sustentação e legitimidade de tal movimento, favorecendo a transformação de mentalidade para além da mera reinvenção de uma abordagem de conflitos. Digo isso mesmo considerando as inconsistências de narrativas atreladas às origens tradicionais das práticas na Nova Zelândia.

Sob essa ótica, atentando-se à realidade brasileira, na qual a institucionalização da JR também é encabeçada pelo sistema judicial, nota-se que a JR é verticalmente oferecida a uma sociedade heterogênea, marcada pela desigualdade e há muito absorva em sentimentos de insegurança e descrença das instituições. A promoção dessa transformação requer maior horizontalidade, pois a sua legitimidade e aceitação depende uma narrativa contextualizada. Uma narrativa construída verticalmente pelo sistema de justiça, ou importada de países de *common law* com contextos socioeconômicos devesse diversos do Brasil não me parece capaz de oferecer a devida legitimidade social a um Modelo Restaurativo brasileiro.

Uma JR que vem de cima, não é tão potente e democrática quanto aquela construída por todos. É nesse ponto que se vislumbra a grande tensão entre purismo e maximalismo. Talvez seja justamente a desigualdade, o medo e sensação de injustiça, nesse campo de antagonismos tão gritantes no Brasil, que a conexão humana por meio do diálogo abra, para além dos nossos olhos, novas portas rumo a um modelo restaurativo adequado às realidades brasileiras.

3.4.3 Práticas restaurativas circulares: a inserção da lógica comunitária na construção de paz em casos concretos

Como lembrou Leoberto Brancher, ao tratar dos primeiros cursos de formação de facilitadores de práticas circulares ministrados por Kay Pranis aos integrantes do judiciário (2010), os processos circulares podem ser utilizados para uma diversidade de finalidades que não necessariamente se vinculam a abordar conflitos e tampouco casos penais⁷⁵⁷. A designação dos círculos como práticas restaurativas remete a apenas uma das suas várias funcionalidades, afinal, enquanto metodologia interacional que mescla elementos de culturas tradicionais nativas com ensinamentos da psicologia sistêmica e métodos de discussão centrados em temas, eles podem ser destinados à organização de reuniões, integrações em ambientes de trabalho, reflexões sobre temas em ambientes escolares, celebração de um evento, prática de luto, fortalecimento de vínculos comunitários, criação de redes de apoio, etc⁷⁵⁸.

A ampla desses propósitos levou a uma série de nomeações dos círculos, como “círculos de diálogo”, “reflexão”, “celebração”, “transformação de conflito”, cada uma buscando elucidar o direcionamento estratégico e estrutural adotado por um círculo específico. Essas separações têm a finalidade de serem didáticas, pois, na prática, um único círculo é multifacetado, propiciando o diálogo, e consequentemente a reflexão, a qual pode ser direcionada à construção de um consenso, ou acidentalmente resultar nele sem que o facilitador houvesse previsto isso ao preparar o círculo.

A base filosófica e estrutural de qualquer trabalho com práticas circulares parte mesmos pressupostos, conferindo-lhes uma estrutura comum, com as etapas voltadas ao fortalecimento de vínculos dos participantes a partir do compartilhamento de valores, perspectivas e, principalmente, histórias. Por exemplo: todo círculo conta com uma cerimônia de abertura que marca a passagem do ambiente externo para o espaço do seguro e acolhedor círculo, introduzindo a temática a ser abordada. Todo círculo conta com um objeto da palavra para delimitar e reger os espaços de fala. Todo círculo possui uma rodada destinada ao compartilhamento de valores ou à rememoração de valores compartilhados em círculos anteriores e uma rodada específica para a construção de diretrizes de interação entre os participantes, favorecendo o compartilhamento de liderança

⁷⁵⁷ BRANCHER, Leoberto. **Apresentação**. Em: PRANIS, Kay. **Círculos de Justiça Restaurativa e de Construção de Paz: Guia do Facilitador**. Porto Alegre: Ajuris, 2011, p. 5-6.

⁷⁵⁸ PRANIS, Kay. **Processos Circulares de Construção de Paz**. 4ª ed., São Paulo: Palas Athena, 2019, p. 29-31.

e, conseqüentemente, de responsabilidades. Não importa o quão simples ou complexo possa parecer o caso, a estrutura de referência da abordagem circular é a mesma, caso contrário, não se está falando de um círculo.

O gênero dessas diversas espécies de círculos, ao seu turno, foi nomeado por Kay Pranis de “Círculos de Construção de Paz”, emprestando-se uma terminologia já usada por povos nativos, como os navajos norte-americanos. Construção de Paz porque cada círculo se norteia pela construção da harmonia entre os presentes, partindo da compreensão de suas diferenças, sentimentos e desejos, e do acolhimento do outro enquanto um ser humano com o qual é possível se conectar. Essa é a paz que se pretende construir, uma paz que permita compreensão mútua e a consolidação de uma identidade de referência formada por valores, diretrizes e histórias reconhecidos como relevantes como complementares e relevantes pelos participantes. Trata-se de uma paz que é única a cada círculo na medida em que pessoas que participam são concebidas como únicas e irrepetíveis, assim como seus esforços para compartilhar saberes e sentimentos rumo a uma conclusão que faça sentido a todos, mesmo que essa conclusão seja: “não queremos conviver”, ou “não concordamos na essência, mas nos entendemos e podemos seguir nossas vidas em paz”.

Quanto à geometria circular, esta viabiliza a equidistância dos participantes do centro e a chance de todos enxergarem e serem enxergados pelos demais, favorecendo a criação de um espaço seguro na medida em que expressa o acolhimento do círculo em relação aos participantes, de modo que nenhum é posto em mais ou menos evidência que o outro. Todos estão geograficamente situados em uma posição equivalente, sentados em círculo em torno de um centro sem mesas, e cientes de que os facilitadores, também referenciados por Pranis como “*circle keepers*” ou guardiões do círculo, estão ali para zelar pelo seu bem-estar, pela segurança do espaço e pelo respeito à voluntariedade e horizontalidade⁷⁵⁹.

O tratamento horizontal, pressuposto da metodologia, implica na inexistência de hierarquias no espaço circular, tanto dos participantes entre si, quanto destes em relação aos facilitadores. Todos são entendidos, independentemente da posição social que ocupem fora do ambiente circular, como pessoas cuja expressão ou silêncio é igualmente valioso na construção do saber coletivo pelo grupo que se reúne em círculo.

O formato circular remete à tradição das tribos aborígenes canadenses e das *first nations* norte-americanas de se reunirem em torno de fogueiras para compartilhar histórias,

⁷⁵⁹ PRANIS, Kay. **Processos Circulares de Construção de Paz...** Op. cit., p. 25, 53.

dialogar sobre conflitos internos, externos ou a praticar rituais sagrados através de música, dança, a fim de promover a coesão comunitária etc.⁷⁶⁰ O círculo, como símbolo da reunião comunitária, pretende-se como um espaço de segurança e de exercício de libertação do poder construtivo que pode emergir da união a partir do compartilhamento de responsabilidades e valores que envolvem um propósito em comum⁷⁶¹. Parte-se do princípio de que cada participante tem igual valor e dignidade, de tal maneira que merece as mesmas oportunidades para se expressar do que todos os outros⁷⁶².

Fica evidente que a técnica circular mistura elementos de tradições antigas, como o bastão-da-fala/objeto da palavra, com técnicas e conceitos contemporâneos de democracia, abordagens centradas em temas e técnicas sistêmicas para compreensão de problemas e/ou compartilhamento de soluções⁷⁶³. Trata-se então de uma metodologia rica que resgata a ancestralidade ao mesmo passo que reconhece a complexidade e dinamicidade da realidade multicultural⁷⁶⁴.

O bastão da fala (*talking piece*) ou objeto da palavra também é vinculado às referidas tradições e até hoje corresponde a um elemento organizacional característico da metodologia circular⁷⁶⁵. Sua funcionalidade é viabilizar uma comunicação regrada entre os participantes e lhes oferecer a segurança de que terão um momento para se expressarem, assim como os demais. Esse elemento é um equalizador da fala e da escuta: quem está na sua posse pode se expressar e quem não está tem o dever de escutar essa pessoa. Essa demarcação permite ao possuidor se expressar sem interrupção e aos demais escutarem com plena atenção o que está sendo dito⁷⁶⁶.

O trânsito do objeto, além de representar o fluxo de conexão que vai se formando entre os participantes marca o início e final de novas etapas no círculo na medida em que passa de mão e mão, partindo de um facilitador, passando pelos participantes e finalizando na mão do outro facilitador, formando uma trajetória em arco, de modo que a nova rodada se inicia com a última pessoa que se expressou na anterior. Isso favorece o tratamento horizontal dos participantes e retira o peso dos facilitadores de ter que estar constantemente intervindo para reger a fala⁷⁶⁷. Dessa forma, distribui-se o controle do processo entre os

⁷⁶⁰ PRANIS, Kay. **Processos Circulares de Construção de Paz...** Op. cit., p. 15.

⁷⁶¹ PRANIS, Kay. **Processos Circulares de Construção de Paz...** Op. cit., p. 53.

⁷⁶² PRANIS, Kay. **Círculos de Justiça Restaurativa e de Construção de Paz...** Op. cit., p. 11.

⁷⁶³ PRANIS, Kay. **Processos Circulares de Construção de Paz...** Op. cit., p. 9.

⁷⁶⁴ PRANIS, Kay. **Processos Circulares de Construção de Paz...** Op. cit., p. 15.

⁷⁶⁵ PRANIS, Kay. **Processos Circulares de Construção de Paz...** Op. cit., p. 15.

⁷⁶⁶ PRANIS, Kay; WATSON, Carolyn Boynes. **No coração da esperança...** Op. cit., p. 39.

⁷⁶⁷ PRANIS, Kay; WATSON, Carolyn Boynes. **No coração da esperança...** Op. cit., p. 40.

participantes, podendo o facilitador falar, quando não estiver em posse do objeto, somente para salvaguardar a integridade do círculo e a segurança do espaço.

O objeto escolhido pelos facilitadores terá uma simbologia atrelada à temática do círculo ou a elementos compartilhados pelos participantes, sendo sua escolha justificada pelo facilitador no momento da apresentação⁷⁶⁸. Essa escolha é embasada nas informações que os facilitadores adquirirão ao conversar individualmente com cada um dos participantes na fase preparatória para o círculo chamada de “pré-círculo”, que é equivalente à pré-autocomposição já tratada. O pré-círculo é uma etapa fundamental para embasar as perguntas, dinâmicas e estratégias adotadas durante o círculo por parte dos facilitadores, no fito de assegurar a formação de um espaço acolhedor, seguro e apto a favorecer, além da criação de canais de comunicação empáticos e eficientes entre os participantes, uma autêntica experiência de alteridade.

Enquanto um espaço de acolhida e compartilhamento histórias e visões, todo círculo pauta-se na voluntariedade da participação de seus integrantes, os quais, portanto, não podem ser coagidos a fazer parte ou a continuar interagindo com o grupo caso não desejem. A voluntariedade é fundamental como respeito às escolhas e à autonomia do sujeito. Ela viabiliza que o indivíduo reconheça a sua própria responsabilidade em fazer parte do círculo, a contribuir com a sua conformação enquanto um espaço seguro e a construir coletiva e cooperativamente o saber coletivo que emerge das partilhas feitas por meio das reflexões realizadas.

O pacto prévio e formal de confidencialidade em relação ao conteúdo dos diálogos que ocorrerem nos círculos é também muito importante para preservar a espontaneidade das interações e para que todos se sintam confortáveis em se expressar sem medo de julgamentos. Essa diretriz pode ser relativizada se todos os presentes concordarem ou nos casos autorizados em lei (preservação de ordem pública e informação relativa à ocorrência de crime de ação penal pública), mas o sigilo é uma das pedras angulares para manter a segurança do círculo.

A natureza dos círculos abordados no presente tópico será a “restaurativa” mesclada com a de círculos de sentenciamento, no sentido de que o resultado esperado deste tipo de círculo é um acordo restaurativo com a função de responder ao caso penal vinculado a esse. A narrativa em torno dos círculos apresenta-os como uma técnica de “renovação ocidental das tradições ancestrais”⁷⁶⁹ e, neste ponto, há semelhança em relação ao resgate da figura

⁷⁶⁸ PRANIS, Kay. *Círculos de Justiça Restaurativa e de Construção de Paz...* Op. cit., p. 17.

⁷⁶⁹ PRANIS, Kay. *Processos Circulares de Construção de Paz...* Op. cit., p. 15.

do nativo como apelo à naturalização dessa abordagem enquanto ferramenta para consolidar uma autêntica conexão entre pessoas.

Uma das tribos das *first nations* referenciada como aplicadora dos círculos é a Navajo, que utiliza a “construção da paz”/“fazer a paz” (*peacemaking*) como ideal de referência para lidar com controvérsias e crimes⁷⁷⁰. Embora Kay Pranis, como uma das organizadoras da metodologia em questão, tenha se baseado nos povos canadenses de Yukon e em ensinamentos do restaurativista Barry Stuart (juiz da corte regional de Yukon que instituiu os círculos de sentenciamento em 1991)⁷⁷¹ para estruturar os “círculos de construção de paz” essa abordagem já usada também pelos Navajos antes da difusão da metodologia de Pranis.

Apesar de do trabalho de Pranis ter sido norteadado pelas práticas canadenses, tendo ela as adaptado para implementar no Departamento Correcional de Minnesota entre 1994 e 2003⁷⁷², em razão da maior disponibilidade de bibliografia acerca dos movimentos navajos e da semelhança da narrativa geralmente associada a eles e aos povos canadenses, em relação ao “resgate da ancestralidade, a parte histórica de institucionalização da prática circular aqui explorada, remeterá aos Navajos.

Portanto, a influência dos povos nativos nessa proposta é fato, e para compreender melhor as diferenças e semelhanças entre suas práticas e o modelo contemporâneo vale revisitar como os navajos buscaram reavivá-las em conformidade com suas tradições. A narrativa em torno desses movimentos se assemelha também ao caso das tribos neozelandesas, o que dá indícios tanto da resistência cultural nativa globalizada contra a colonização, quanto da não-assimilação dessas tradições de gestão de conflitos pelo modelo estatal. Diferentemente das práticas restaurativas das diversas tribos qualificadas como maori, que foram persistindo ao longo de sua história, os navajos têm uma cronologia clara de quando seus processos tradicionais restaram abandonados e de quando voltaram a serem praticados⁷⁷³

Os navajos atribuem o marco inicial da imposição do sistema estatal de controle do crime ao seu povo pela *Bureau of Indian Affairs* (BIA), uma agência criada em 1824 para administrar e gerenciar as terras indígenas. Ato contínuo, em 1882 foram implementados os

⁷⁷⁰ FENNEY, Alethia Z. **Navajo Peacemaking and Maori Restorative Justice: a comparison of process and procedure** ... Op. cit., p. 1.

⁷⁷¹ CENTRE FOR JUSTICE AND RECONCILIATION. **Circles**. Prison Fellowship International, 2020. Disponível em: <http://restorativejustice.org/restorative-justice/about-restorative-justice/tutorial-intro-to-restorative-justice/lesson-3-programs/circles/#sthash.esz3Ugv5.qMpnS5Kb.dpbs>. Acesso em 26 de jan de 2020.

⁷⁷² PRANIS, Kay. **Processos Circulares de Construção de Paz**... Op. cit., p. 22.

⁷⁷³ FENNEY, Alethia Z. **Navajo Peacemaking and Maori Restorative Justice**.. Op. cit., p. 3.

“tribunais navajos”, os quais, até 1935, restaram comandados por agentes brancos da BIA⁷⁷⁴.

No ano de 1959, o Conselho Tribal Navajo aceitou a responsabilidade de arcar com o custo e direção dos tribunais tribais, temendo o risco de desestruturação dessas agências de reforço legal em suas reservas⁷⁷⁵. Assim, percebe-se que o parasita institucional que retirou a soberania da gestão de conflitos dos navajos tornou-se um símbolo de coesão para eles, uma vez que os descendentes de nativos precisavam de uma referência. Esse símbolo não seria questionado para os homens brancos, que o inseriram, mas apesar de sua origem colonizadora, sob a direção navajo, esses tribunais colaborariam para propulsionar as práticas restaurativas tradicionais.

Na tentativa de salvaguardar um pouco de soberania e buscar harmonia com os colonizadores, a nação navajo submeteu-se ao sistema judicial e abandonou seus métodos tradicionais de estabelecimento do *hozho* (estado de paz, felicidade e abundância)⁷⁷⁶. Ao reconhecerem que o estilo estatal de prescrever justiça não encontrava respaldo em suas crenças, as tribos, chefiadas pelos conselhos, iniciaram um movimento de restabelecimento dos métodos tradicionais⁷⁷⁷.

Neste sentido, a *Navajo Peacemaking Division*, implementada em 1982, foi desenvolvida como uma resposta à insatisfação nativa ao sistema ocidental de gerenciamento de conflitos⁷⁷⁸. Difundida pelas reservas navajos no Arizona, Novo México e Utah, a abordagem traduzida como “construção de paz” é uma forma de expressão cultural e gestão organizacional da tribo também usada para abordar comportamentos anômicos que coloquem em risco a coesão comunitária⁷⁷⁹.

Atualmente, os navajos acusados criminalmente podem ser julgados nos tribunais federais por delitos graves, pelas cortes estaduais por crimes cometidos fora do reserva, e em tribunais navajos por crimes cometidos no âmbito das reservas. Estas cortes operam em um modelo baseado no sistema estatal europeu, mas com os programas para reavivar as tradições ancestrais, de maneira que os procedimentos para a construção de paz estão sendo oferecidos como opções prévias à judicialização. Em se tratando de uma via dialógica, a participação na construção da paz é voluntária e qualquer um pode desistir dela, solicitando

⁷⁷⁴ FENNEY, Alethia Z. *Navajo Peacemaking and Maori Restorative Justice...* Op. cit., p. 20.

⁷⁷⁵ FENNEY, Alethia Z. *Navajo Peacemaking and Maori Restorative Justice...* Op. cit., p. 20.

⁷⁷⁶ NIELSEN, Marianne O. Navajo Nation Courts, Peacemaking and Restorative Justice Issues... Op. cit., 105.

⁷⁷⁷ FENNEY, Alethia Z. *Navajo Peacemaking and Maori Restorative Justice...* Op. cit., p. 20.

⁷⁷⁸ GROSS, Eric Kenneth. *An Evaluation/Assessment of Navajo Peacemaking...* Op. cit., p. 4.

⁷⁷⁹ FENNEY, Alethia Z. *Navajo Peacemaking and Maori Restorative Justice...* Op. cit., p. 1.

a via procedimental judicial⁷⁸⁰. O resultado atingido nos rituais de pacificação pode operar, portanto, como substitutivo ao processo e à pena, embora isso não seja necessário. A possibilidade do sujeito que participou na construção da paz ainda ser submetido à perseguição penal existe, pois isso depende do consenso atingido pelos participantes durante o ritual⁷⁸¹.

As sessões, quando promovidas pelas cortes, são frequentemente realizadas em uma sala do tribunal local e culminam em um plano desenvolvido para que se atinja a *nalyeeh*, que seria uma compensação e um ajustamento relacional entre envolvidos, a fim de que interajam pacificamente no futuro. Esses encontros são supervisionados pelo juiz navajo local e o apoio técnico é fornecido pelo tribunal, que também fica responsável pelo treinamento dos guias pacificadores⁷⁸².

Ao tratarem da filosofia que envolve as práticas circulares, sejam elas restaurativas ou não, Kay Pranis e Carolyn Boyes Watson apresentam 7 pressupostos centrais transcritos abaixo:

1. Dentro de cada um está o verdadeiro eu: bom, sábio e poderoso;
2. O mundo está profundamente interconectado;
3. Todos os seres humanos têm um profundo desejo de estarem em bons relacionamentos;
4. Todos os seres humanos têm dons; cada um é necessário pelo dom que traz;
5. Tudo de que precisamos para fazer mudanças positivas já está aqui;
6. Seres humanos são holísticos;
7. Nós precisamos de práticas para criar hábitos de viver a partir do eu verdadeiro.⁷⁸³

Observa-se que esses pressupostos em muito dialogam com algumas perspectivas tribais de interdependência e mesmo confusão entre o um e o todo. Essa racionalidade provém da constante interação que favorece o fortalecimento de vínculos intersubjetivos em uma tribo, de modo que a relevância comunitária de cada integrante, num contexto de contingente limitado, é maior do que na sociedade contemporânea, inclusive pelo “papel social” que o sujeito exerce (vide Cap. I item 1.2 deste trabalho). A concepção de que a identidade encontra sua verdadeira fonte e potencial de realização no seio da coletividade e por meio da conexão com o outro é também uma ponte entre esses pressupostos e o

⁷⁸⁰ NIELSEN, Marianne O. Navajo Nation Courts, Peacemaking and Restorative Justice Issues... Op. cit., p. 108

⁷⁸¹ NIELSEN, Marianne O. Navajo Nation Courts, Peacemaking and Restorative Justice Issues... Op. cit., p. 110-111.

⁷⁸² NIELSEN, Marianne O. Navajo Nation Courts, Peacemaking and Restorative Justice Issues... Op. cit., p. 111-112.

⁷⁸³ PRANIS, Kay; WATSON, Carolyn Boyes. **No coração da esperança...** Op. cit., p. 21- 28.

contexto tribal-comunitário. Todos esses fatores, também abordados no Capítulo I, são espelhados nos aludidos pressupostos, que carregam uma grande dose de esperança no potencial humano para cooperar e construir, como em uma autêntica e fraterna comunidade.

Outra intersecção entre a filosofia de Pranis e Watson com a algumas lógicas comunitárias tribais é evidenciada pela adoção da “roda da medicina” como expressão da estrutura e função dos processos circulares⁷⁸⁴. Nas culturas dos povos nativos norte-americanos o círculo é uma forma de comunicação de métodos e crenças, e a roda da medicina simboliza a filosofia, o pensamento (mente), a espiritualidade e a vida⁷⁸⁵. Nas sociedades pré-colombianas a roda e o círculo são interpretados como o ciclo natural de todos os seres, como nascimento, desenvolvimento, morte e renascimento através da perpetuação da vida e sua recontextualização⁷⁸⁶. A roda da medicina transmite, portanto, a noção de constante movimento e permanente experiência de renovação na vida. Atualmente a roda da medicina possui inúmeras variantes, mas usualmente é dividida em 4 partes, podendo representar as direções norte, sul, leste, oeste; os elementos fogo, terra, água e ar; as estações do ano e os 4 aspectos do humano (corpo físico, mente, espírito e emoções).

O termo “medicina”, ao seu turno, refere-se ao efeito curativo que um ser humano pode exercer sobre outros, sobre a Terra e sobre o universo, toda vez que completa suas tarefas e cumpre com seu papel social⁷⁸⁷. Novamente, a relação indivíduo-coletividade e a corresponsabilidade de um pelo outro se faz evidente nessa simbologia.

Cientes dessa multiculturalidade na qual é adotada, direta ou indiretamente, a percepção circular da existência e convivência, Kay Pranis, Barry Stuart e Mark Wedge, iniciam sua obra “Círculos de Construção de Paz: do crime para a comunidade”, apontando que a essência dos círculos foi testada durante milênios por diferentes culturas, mas que a técnica a qual adotam não deriva de nenhuma tradição aborígene específica e não bebem somente de fontes antigas⁷⁸⁸. Neste diapasão, Pranis e Watson dividem a roda da medicina, aplicável à metodologia circular, em quatro quadrantes que devem ser equilibradamente

⁷⁸⁴ PRANIS, Kay; WATSON, Carolyn Boynes. **No coração da esperança...** Op. cit., p. 46.

⁷⁸⁵ DIETRICH, Wolfgang. **Elicitive Conflict Transformation and the transrational shift in peace politics...** Op. cit., p. 50-51.

⁷⁸⁶ DIETRICH, Wolfgang. **Elicitive Conflict Transformation and the transrational shift in peace politics...** Op. cit., p. 51.

⁷⁸⁷ DIETRICH, Wolfgang. **Elicitive Conflict Transformation and the transrational shift in peace politics...** Op. cit., p. 52.

⁷⁸⁸ PRANIS, Kay; STUART, Barry; WEDGE, Mark. **Peacemaking Circles: from crime to community**. St. Paul: Living Justice Press, e-book, 2003, p. 118-119.

exploradas durante o seu desenvolvimento: “conhecer-se”, “construir relacionamentos”, “abordar problemas” e “desenvolver planos de ação”⁷⁸⁹.

Assim, cada uma das etapas do círculo guarda em si mais ou menos desses elementos, possibilitando a continuidade de (re)exploração um elemento ou outro na medida em que as etapas avançam. Ao se conhecerem, os sujeitos estão construindo um relacionamento, e, ao abordarem problemas, estão definindo o modo como o seu relacionamento deve ser construído. Ao abordarem problemas, estão conhecendo como cada um lida com determinados esses e, a partir disso definem como traçar planos de ação que viabilizam a reconstrução desse relacionamento e novas chances de conhecerem uns aos outros e de se relacionarem. A estratégia da metodologia circular é, portanto, também cíclica. Em casos penais que os sujeitos não pretendem se relacionar para além da questão, toda essa construção restringe-se ao espaço do círculo, pois nele relacionamentos são (re)criados, ainda que não perdurem no ambiente externo.

Pranis descreveu os círculos como encontros destinados a reunir pessoas em que todos sejam respeitados, tenham igual oportunidade de falar, compartilhem suas histórias, criem um ambiente seguro e horizontal de interação e promovam a compreensão das percepções individuais e coletivas. No contexto da justiça criminal, os círculos de construção de paz começaram a ser utilizados de forma difundida no Estado de Minnesota, durante a década de 1990 como um caminho para incluir as vítimas, os responsáveis pela ofensa e membros de suas respectivas famílias e comunidades no processo de produção de resposta ao caso penal⁷⁹⁰. Os círculos, então, também recebem a figura da comunidade nesse ritual de compreensão e construção compartilhada, partindo do pressuposto de que aqueles ligados aos protagonistas da situação (vítima e autor da ofensa) ou afetados por ela também podem ser responsáveis pelo círculo. Essa relevância da comunidade se dá justamente pela herança das culturas tribais.

Considerando todas as referidas características iniciais, constata-se que os círculos se diferenciam metodologicamente das conferências familiares em razão de que: **(i)** nos círculos o elemento organizacional da palavra é o objeto da palavra enquanto nas conferências é o facilitador que conduz as interações nos estágios iniciais; **(ii)** nos círculos há discussões de valores e um maior enfoque na criação de uma identidade comum de grupo antes da discussão dos problemas, enquanto nas conferências não se deposita muito tempo nas discussões referentes a valores; **(iii)** no círculos as diretrizes interacionais são

⁷⁸⁹ PRANIS, Kay; BOYES-WATSON, Carolyn. *No Coração da Esperança...* Op. cit., p. 46.

⁷⁹⁰ PRANIS, Kay. *Processos Circulares de Construção de Paz...* Op. cit., p. 21-22.

formuladas pelos participantes e pelo facilitador e nas conferências o facilitador fornece as regras básicas e permite que os participantes acrescentem as suas; **(iv)** o círculo não ingressa diretamente no tema que o originou, ele foca primeiramente na construção de canais de comunicação e fortalecimento de vínculos, enquanto nas conferências o procedimento parte da identificação dos problemas; **(v)** o círculo recorre à cerimônias de abertura e de encerramento para delimitar-se enquanto um espaço diferenciado, enquanto as conferências não recorrem a dinâmicas cerimoniais, mas a retrospectivas conforme as etapas autocompositivas prévias ao encontro; **(vi)** nos círculos os facilitadores se expõem e realizam uma “facilitação-participante”, enquanto nas conferências os facilitadores se mantêm mais distanciados do conteúdo das discussões⁷⁹¹. O círculo então investe tempo e esforço dos participantes na criação de relacionamentos e de um espaço que seja concebido como compartilhado por todos, o que facilitará posterior compreensão e a abordagem do caso penal a ser discutido⁷⁹².

A modalidade circular dá primazia à qualidade das interações (*encounter theory*) por crer no potencial transformativo da conexão e cooperação humana (*transformative theory*), inclusive para promover a superação de experiências negativas e definir responsabilidades que culminem em acertos de contas pedagógicos e construtivos (*reparative theory*). Assim, os círculos se valem de sua estrutura para criarem o que Pranis chama de “possibilidade de liberdade” e o abandono de posturas e narrativas defensivas⁷⁹³, a fim de que os sujeitos, mediante a exposição de suas histórias, temores e concepções, possam vivenciar uma experiência dialógica de alteridade e empatia, compreendendo a questão abordada de modo profundo. Dessa compreensão resultará a conexão necessária para o empreendimento conjunto rumo à formulação de uma conclusão satisfatória. A depender do programa restaurativo, membros das instituições do poder público ou do sistema de justiça podem integrar as discussões nos círculos, como ocorre no caso das cortes navajas, de modo que essas autoridades apresentarão o interesse público no caso em conjunto com os membros da comunidade.

Em relação à abordagem de casos penais é evidente que determinados tipos de casos demandarão mais de um círculo, talvez até com enfoques diversos, para chegarem a uma conclusão. Pode-se pensar em casos nos quais a vítima e sua família sejam preparadas para dialogar e refletirem sobre o crime antes de um contato prévio com o autor da ofensa. Da

⁷⁹¹ PRANIS, Kay. *Círculos de Justiça Restaurativa e de Construção de Paz...* Op. cit., p. 27.

⁷⁹² PRANIS, Kay. *Círculos de Justiça Restaurativa e de Construção de Paz...* Op. cit., p. 27.

⁷⁹³ PRANIS, Kay. *Processos Circulares de Construção de Paz...* Op. cit., p. 25.

mesma forma, previamente a se abordar o caso concreto, pode-se pensar de um círculo envolvendo vítima e autor da ofensa, voltado ao compartilhamento de histórias e reflexões sem qualquer compromisso com a construção de um acordo, o que seria tratado apenas em um próximo encontro. A descrição do procedimento neste subcapítulo, todavia, terá como enfoque a descrição das etapas atinentes a um único círculo.

O círculo de construção de paz e sentenciamento, na descrição de Pranis, reúne pessoas que sofreram danos, a pessoa responsável pelos atos danosos, suas famílias, amigos ou membros da comunidade afetada (geralmente pela convivência com os protagonistas ou pela sensação de insegurança)⁷⁹⁴. O encontro propicia a discussão sobre: quem são os participantes, quais os seus valores, quais são alguns aspectos importantes de que eles são e de suas histórias, o que o caso penal representa para eles, quais as razões pela ocorrência do fato, qual a natureza e extensão dos efeitos do dano e o que é necessário para repará-lo e evitar que ele ocorra novamente⁷⁹⁵.

Ao ingressar no círculo, os participantes sentam-se em cadeiras, almofadas, ou mantas dispostas para formar uma roda sobre um centro sem mesa. Sentar-se em círculo, sem a presença de um objeto que cubra as mãos dos presentes, permite que todos se enxerguem com mais facilidade e ocupem uma posição equidistante do centro, o que aumenta a sensação de segurança e deixa clara a igual relevância de cada um.

Nesse centro poderá ser depositada uma peça (um vaso, uma vela, uma gravura ou uma toalha redonda) sobre a qual, ou em torno do qual serão colocados outros objetos produzidos⁷⁹⁶. A peça permanece no chão, ocupando o centro do espaço aberto pelo círculo de cadeiras e serve também como um ponto de focal compartilhado. Quando no centro são depositados objetos pelos próprios facilitadores, previamente ao início do círculo, esses devem possuir algum significado especial para o grupo ou serem dotados de uma simbologia que dialogue com a temática abordada, evocando valores e bases comuns que favoreçam a construção de uma identidade de grupo⁷⁹⁷. Apesar de exceções, como famílias, casais e amigos, nunca se parte do princípio que os participantes se conhecem profundamente, de modo que um círculo, ao menos no primeiro encontro, não pode prescindir das etapas de fortalecimento de vínculos.

⁷⁹⁴ PRANIS, Kay. **Processos Circulares de Construção de Paz...** Op. cit., p. 30-31.

⁷⁹⁵ PRANIS, Kay. **Processos Circulares de Construção de Paz...** Op. cit., p. 30.

⁷⁹⁶ PRANIS, Kay. **Processos Circulares de Construção de Paz...** Op. cit., p. 25.

⁷⁹⁷ Caso não haja uma identidade comum clara, pode-se remeter a elementos compartilhados por todos os seres humanos, como, por exemplo, um copo de água, que contém a fonte da vida, ou uma vela, simbolizando o fogo, que representa a capacidade de moldar e de usar a energia para construir ou destruir. Em: PRANIS, Kay. **Processos Circulares de Construção de Paz...** Op. cit., p. 25.

Havendo a adesão dos protagonistas e seus apoiadores na fase pré-círculo, os facilitadores iniciarão a organização do encontro coletivo. Acaso apenas um dos polos no caso penal venha a aderir, ainda é possível vivenciar uma experiência circular para fins reflexivos e de integração dos presentes em torno da questão. Nesta situação, o círculo ainda tem o condão de propiciar uma compreensão mais profunda sobre o caso penal e a ressignificação desta experiência para a pessoa envolvida e as demais a partir da troca de visões e perspectivas, aprofundando-se as concepções individuais do caso e mesmo acordando-se posturas que favoreçam a não repetição do ocorrido ou a minimização dos danos. Em existindo uma comunidade bem organizada, por exemplo, se apenas o autor da ofensa participar, a exposição e diálogo com os membros da comunidade ou sua própria família podem facilitar a sua reintegração social e desconstruir estigmatizações. No caso da vítima, essa pode ser apoiada para buscar auxílio no tratamento de traumas e poderá ter um espaço seguro para a exposição de sua narrativa em relação à experiência do crime, recebendo suporte dos demais participantes.

Obviamente, nessas situações, a riqueza do diálogo, a responsabilização do autor da ofensa, a produção da censura, e o empoderamento coletivo para lidar conjuntamente com as consequências do crime são mitigados. Ainda assim, se comparada à pobreza comunicativa do processo judicial, a experiência circular merece a devida atenção pelo seu potencial construtivo, mesmo quando apenas um dos polos compareça. Em termos de efeitos jurídicos, todavia, sem a participação do suposto autor da ofensa, este não gozará de benefício processual ou material algum, talvez apenas no que toca à amenização das consequências do delito (avaliada na dosimetria da pena). Caso não haja participação da vítima, devem ser consideradas as modificações que o autor da ofensa promova na realidade e possam contribuir para a reparação dos danos causados.

Quanto às etapas basilares dos círculos, segundo Pranis, tem-se: **(i)** cerimônia de abertura; **(ii)** explicação da peça de centro, **(iii)** apresentação do objeto da palavra; **(iv)** apresentação e validação inicial de sentimentos; **(v)** compartilhamento de valores, **(vi)** construção de diretrizes de interação ou de combinados, **(vii)** dinâmicas e perguntas norteadoras, **(viii)** diálogo acerca de termos de eventual acordo; **(ix)** validação final de sentimentos; **(x)** cerimônia de encerramento⁷⁹⁸.

Organizadas as cadeiras em formato circular e com o comparecimento daqueles que aderiram à proposta na fase pré-círculo, inicia-se o encontro com a **cerimônia de abertura**.

⁷⁹⁸ PRANIS, Kay. *Círculos de Justiça Restaurativa e de Construção de Paz...* Op. cit., p. 17-18.

Esta cerimônia marca a transição do espaço externo para o espaço do círculo, que se diferencia dos ambientes cotidianos por ser essencialmente acolhedor e demandar uma presença plena dos participantes, pois o desenvolvimento do círculo depende da postura e esforço cooperativo destes⁷⁹⁹.

Essa fase auxilia os sujeitos a se centrarem e a se colocarem presentes no espaço do círculo espaço, reconhecendo a interconectividade de todos em relação à situação que os uniu ali e liberando-os de distrações externas⁸⁰⁰. A cerimônia serve também para introduzir ao grupo, de forma mais ou menos sutil, a questão central a ser abordada no círculo⁸⁰¹.

Para além do referenciado, intenta-se reduzir a ansiedade coletiva em relação ao conflito. Assim, a cerimônia pode ser orquestrada com dinâmicas envolvendo movimento (alongamentos), momento de meditação, leituras de texto, ou exposições de vídeos com mensagens para reflexão.

Em casos penais, em virtude do clima de desconfiança e insegurança, a atenção dos participantes se direciona a antecipar a conduta do outro. Em razão disto, é oportuno que a cerimônia favoreça uma reflexão de cada um sobre sua própria história, seu papel no conflito, e seus sentimentos e necessidades em relação à situação. Isso contribui para que o indivíduo possa posteriormente se expressar de modo mais claro e ponderado nas etapas seguintes.

Na **explicação da peça de centro**, o facilitador fará referências às heranças comunitárias do círculo e dos encontros tribais e, em segui tecerá uma breve explicação sobre os motivos da escolha dos elementos que se encontram no centro do círculo. Na **apresentação do objeto da palavra**, o facilitador explicará a importância do objeto na dinâmica circular, como que se opera o fluxo de fala, o que ocorre quando alguém deseja falar, mas sua vez já passou, e as demais peculiaridades do objeto em relação ao funcionamento do círculo em relação ao: vai de um facilitador até chegar ao outro. O facilitador também explicará o motivo da escolha do objeto selecionado, explorando a simbologia dele em relação ao tema do círculo.

Apresentado o objeto, esse passará de pessoa a pessoa fornecendo a cada um a mesma oportunidade de fala, ou de silêncio, em relação a dúvidas sobre as regras apresentadas relativas ao objeto. O próprio trânsito que percorre o objeto, indo de mão em mão, sendo entregue por um participante ao outro, guarda em si seu simbolismo e cria um

⁷⁹⁹ PRANIS, Kay. **Processos Circulares de Construção de Paz...** Op. cit., p. 16.

⁸⁰⁰ PRANIS, Kay; WATSON, Carolyn Boyes. **No Coração da Esperança: guia de práticas circulares...** Op. cit., p. 38.

⁸⁰¹ PRANIS, Kay. **Processos Circulares de Construção de Paz...** Op. cit., p. 26.

fluxo admitido pelo coletivo que alude à primeira regra organizacional com a qual os integrantes entram em consenso.

A **apresentação e validação inicial de sentimentos**, ou *check in*, serve para os participantes se situarem perante os demais, apontando quem são, qual a sua relação com a questão abordada no círculo e como estão se sentindo no momento. Essa rodada é iniciada pelo facilitador que tem a posse do objeto da palavra, e a sua resposta fornecerá um modelo de resposta que poderá ser utilizado pelos demais⁸⁰². O grande potencial dessa fase é demonstrar aos participantes que todos os presentes possuem, como eles, sentimentos e que, como eles, estão vinculados à situação que culminou no círculo. Isso permite o início da criação de uma identificação e humanização do outro, que passa a se tornar mais conhecido. Além disso, representa também o começo do rompimento da barreira da desconfiança, pois os participantes cada um expõe um pouco de si ao revelar como está se sentindo e naquele espaço e quais seriam suas expectativas.

Na fase seguinte, denominada **compartilhamento de valores**, os facilitadores solicitam aos presentes a realização de uma breve reflexão acerca de valores que eles adotam em suas vidas quando são a melhor versão de si e que se comprometem a observar durante a condução do círculo. O facilitador compartilhará o seu valor após escrevê-lo em um pedaço de papel, e depositará o papel sobre a peça de centro depois de explicar o valor que escolhe e como este se tornou relevante para si. Esse momento deve priorizar o compartilhamento de histórias que tornem concretos os motivos pelos quais o valor é importante para a pessoa, pois isso deixa claro o vínculo pessoal do sujeito com o seu valor e permite que ele se reconecte com este a partir da rememoração de sua história. A escrita do valor em um papel representa a sua materialização no espaço circular. O depósito do valor escrito no centro, ao seu torno, simboliza a integração desse valor à identidade coletiva que está sendo criada.

Os valores expressados poderão operar como padrões de conduta que os participantes se comprometem a adotar no círculo⁸⁰³. Outros valores que podem ser referenciados são aqueles que costumam guiar o sujeito seu cotidiano, podendo estar atrelados à temática da abordagem, ou remeter ao convívio pacífico e saudável. Havendo valores contrastantes ou entendimentos conflitantes sobre os mesmos valores, os participantes tomarão consciência que histórias diferentes moldam caracteres e visões de mundo diferentes sem que isso seja destrutivo.

⁸⁰² PRANIS, Kay; WATSON, Carolyn Boynes. **No coração da esperança...** Op. cit., p. 48.

⁸⁰³ PRANIS, Kay. **Processos Circulares de Construção de Paz...** Op. cit., p. 26.

Há facilitadores que optam por fazer uma rodada após a apresentação de valores para que cada integrante do grupo valide os valores manifestados ou informe caso não se sinta representado por algum deles. Na circunstância do indivíduo expressar que não observará determinado valor, isso dará a chance dos demais escolherem se querem permanecer em um espaço no qual dado valor não será observado. A nosso ver, essa validação não é necessária porque o valor é algo muito pessoal e permitir que ele seja negado é assumir um risco de gerar mais antagonismos no círculo.

Na **construção de diretrizes de interação ou de combinados**, facilitador que estiver na posse do objeto explicará que a presente rodada tem como função formular combinados que regerão as interações e relacionamentos no âmbito do círculo. Assim, depois do facilitador propor a sua diretriz, cada participante apontará uma diretriz que gostaria que fosse seguida pelos demais para que ele se sinta seguro, respeitado e confortável⁸⁰⁴. A diretriz ou combinado proposta pode remeter ao jeito de falar com o outro, a momentos de pausa, à observação de alguma condição especial do participante, à gestão do fluxo de informações que foram compartilhadas no que diz respeito a sua divulgação externa, etc.

Cada diretriz proposta será escrita em uma lousa e, ao final da rodada, após o segundo facilitador expor a sua proposta, haverá uma nova rodada para verificar se todos concordam com os combinados ofertados. Quem não concordar explicará a razão da sua discordância e, democraticamente, o grupo avaliará se a diretriz deve permanecer, ou não, tendo como critério o fato dela contribuir para a criação de um espaço seguro e inclusivo⁸⁰⁵.

Como reforço aos pressupostos da prática circular, os facilitadores poderão propor como diretrizes, por exemplo, **a participação e permanência voluntária** no círculo, o **sigilo** ou **confidencialidade** dos diálogos realizados e a **horizontalidade ou igualdade de relevância** de todos os presentes para contribuírem ou se manifestarem no círculo. A formulação de diretrizes representa, portanto, mais um consenso coletivo construído pelo grupo.

Superada a construção de diretrizes, após um possível intervalo, parte-se para a etapa das **perguntas norteadoras**. Essas perguntas são elaboradas pelos facilitadores com base nas informações colhidas nos encontros pré-círculo, e podem ser alteradas a depender do ânimo dos participantes ou do fato de já terem sido respondidas em manifestações anteriores. Como lembrou Pranis, o formato da pergunta pode ter um impacto

⁸⁰⁴ PRANIS, Kay. **Processos Circulares de Construção de Paz...** Op. cit., p. 27.

⁸⁰⁵ PRANIS, Kay. **Processos Circulares de Construção de Paz...** Op. cit., p. 27.

diferenciado no formato das respostas, o que justifica o esforço e reflexão prévia para a sua estruturação. Perguntas que possibilitem respostas como “sim” ou “não” ou que possuam uma carga demasiadamente abstrata, instigando somente a emissão de opiniões, ou mesmo que norteiem uma determinada resposta, tendem a provocar respostas vazias e artificiais.

Para Pranis, as perguntas eficientes são formuladas com para encorajar os participantes a: **(i)** falarem de suas próprias experiências em relação ao fato, **(ii)** compartilharem histórias de suas vidas, **(iii)** manifestarem sentimentos e necessidades partindo dos impactos concretos da situação (em vez de julgamentos moralizantes), **(iv)** reconhecerem pontos positivos, recursos, e dificuldades para lidar com a experiência do crime⁸⁰⁶.

A transição dos participantes da discussão de acontecimentos difíceis para um o diálogo voltado ao compartilhamento de histórias, seguido do compartilhamento de responsabilidades e então das possíveis respostas à situação, fortalece o sentimento de esperança em relação à possibilidade do círculo e isso propicia a união dos participantes em torno de um empenho coletivo que os permita alterar positivamente suas realidades.

Inicialmente, portanto, é prudente que as perguntas repousem sobre temas indiretamente vinculados com o caso concreto, favorecendo a expressão de histórias. Essas histórias fomentam a empatia, pois situam os demais na realidade e trajetória daquele que conta, dando continuidade à criação de laços relacionais entre os presentes e então alimentando uma sensação de segurança no círculo. O “estranho” ou o “inimigo” passa a ser mais um ser humano com nome e história, alguém com o qual é possível se identificar. As histórias humanizam os presentes e permitem a comunicação do “eu” evitando-se a antagonização pelos demais, afinal, a história é um relato e não a defesa de um ponto de vista.

Os facilitadores também respondem essas perguntas iniciais, oferecendo formas de respostas e atestando que esse momento é mais enriquecedor quanto mais os participantes se permitirem resgatar suas próprias histórias. Posteriormente, são realizadas perguntas de transição em que possibilitarão a conexão das histórias com o caso em questão, mas novamente essas perguntas devem propiciar narrativas sobre acontecimentos concretos e não favorecer a mera emissão de opiniões ou percepções. As histórias, portanto, permeiam também as perguntas de transição e os facilitadores, a depender da proximidade dessas

⁸⁰⁶ PRANIS, Kay. *Círculos de Justiça Restaurativa e de Construção de Paz...* Op. cit., p. 19-20.

perguntas com o caso concreto, não as responderão para evitar a emissão de avaliações pessoais que comprometam a sua imparcialidade.

As perguntas podem direcionar os participantes a sentirem emoções pesadas ou leves, de modo que ao elaborá-las os facilitadores devem tomar cuidado para intercalar esses dois tipos de questionamentos. O enfoque apenas em perguntas leves inviabiliza o tensionamento de posições rígidas e pode banalizar a seriedade de determinadas situações. A adoção apenas das perguntas tensionadoras pode implicar em uma violência psicológica contra os participantes, gerando angústia e tristeza, o que é improdutivo e raramente gera conexão. Assim, intercalar ambos os estilos de perguntas é uma maneira produtiva e saudável de permitir a realização de reflexões e oxigenar os pensamentos com esperança e pontos positivos.

Em seguida, as perguntas abordarão diretamente a situação que originou o círculo, incentivando o oferecimento de respostas que esclareçam os motivos, causas e consequências dessa situação a fim de que, após identificadas essas questões, seja possível realizar perguntas que oportunizem a (auto)responsabilização do autor da ofensa, a censura coletiva do ato praticado e a geração de opções para viabilizar a minimização ou reparação dos danos, a reintegração social do autor da ofensa e possíveis medidas para superar as causas visualizadas pelos presentes. Tudo isso dentro da voluntariedade. Nessa etapa, os facilitadores poderão, de modo genérico e não direcionado, incentivar os participantes a falarem de questões relevantes que foram compartilhadas durante o pré-círculo⁸⁰⁷.

A lógica de realização das perguntas então é inicialmente dedutiva, viabilizando aos presentes entenderem os elementos conformativos da sua identidade e da identidade dos demais, assim como as causas e consequências do delito e os sentimentos e necessidades que este gerou. Estando esses dados devidamente deduzidos das discussões e estando consolidado um nível de fortalecimento de vínculos e empatia que torne possível a interação salutar dos envolvidos para dialogar e construir uma possível resposta à situação, a lógica torna-se indutiva e os participantes partirão desses elementos para decidir se construirão e como construirão um acordo restaurativo.

Atingindo-se, ou não, um consenso, cuja materialização poderá ser feita com a redação de um documento ao final da fase anterior, prossegue-se para a etapa de **validação final de sentimentos** (*check out*). Essa etapa ocorrerá nos mesmos moldes da validação inicial e ela marcará o estado emocional dos participantes ao final da prática restaurativa.

⁸⁰⁷ PRANIS, Kay. *Círculos de Justiça Restaurativa e de Construção de Paz...* Op. cit., p. 21.

Também poderá ser oportunizada, a depender da disposição e energia coletiva, a possibilidade de uma avaliação individual da prática.

Por fim, a etapa final do círculo será a **cerimônia de encerramento**, cuja função é fazer a transição da passagem do espaço do círculo ao ambiente externo, remetendo à finalização daquela prática e ao fato de que o saber coletivo compartilhado poderá ser usado na vida cotidiana dos participantes. A cerimônia é feita mesmo que o consenso não seja atingido, mesmo que não haja perdão e, ainda assim, ela pode remeter a reflexões provocativas sobre o potencial humano de cooperar, construir e superar se os facilitadores perceberem que isso pode ser oportuno e que não gerará uma revitimização ou banalização da dor/frustração da vítima.

Chegando-se a um consenso, o acordo poderá ser materializado em um documento redigido pelo facilitador e por um profissional da área do direito que o auxilie com os limites legais envolvidos (caso o facilitador não seja da área). No acordo poderão constar conclusões coletivas, distribuições de incumbências e prazos de cumprimento para cada cláusula que implique em uma prestação.

Findado o termo desses prazos, os participantes do primeiro círculo se reencontrarão em um pós-círculo para que seja feita a verificação do cumprimento do acordado e dialogarão sobre a possível necessidade de alteração de alguma cláusula, seja porque seu cumprimento restou inviabilizado, seja porque ocorreu algum fato novo que mereça a atenção de todos. Da mesma forma o pós-círculo servirá para que todos partilhem suas percepções acerca da experiência restaurativa vivenciada, ou mesmo para constatar que o acordo não foi cumprido caso os participantes desejem se reunir para informar isso. Caso contrário os interessados o farão via termo de declaração prestado aos facilitadores, ou ao próprio MP.

Relembra-se que o controle do tempo dos círculos é feito pelos facilitadores e que, havendo necessidade, mais círculos podem ser agendados para dar continuidade ao trabalho iniciado.

3.5 Princípios reitores das práticas restaurativas: uma leitura a partir da experiência e dos pressupostos filosóficos da justiça restaurativa

As práticas restaurativas contam com princípios próprios a fim de que elas possam ser distinguidas das demais abordagens de resposta ao crime. A extração desses princípios norteadores dá-se tanto do vislumbre de consensos e pressupostos entre os restaurativistas e

os programas restaurativos, quanto da maneira como as metodologias são aplicadas na prática. A fim de facilitar a funcionalidade dos princípios abordados dividi-os nas seguintes categorias: princípios de matriz filosófica e princípios de operacionalização executiva. Explico.

Os princípios de matriz filosófica dizem respeito às premissas que conformam a JR na seara criminal e devem ser observados sob pena de não estarmos falando de JR.

Os princípios de operacionalização executiva, ao seu turno, dizem respeito a como o programa ou iniciativa observará e concretizará na prática os princípios de matriz filosófica. Em relação a estes, admite-se divergência em relação à linha priorizada pelo programa, seja ela maximalista, purista ou referente à *encounter*, *reparative* ou *transformative theory*.

Com relação aos princípios de matriz filosófica, esses já foram no primeiro tópico deste capítulo e estão vinculados aos pressupostos originários da esquematização JR a partir de uma visão relacional e comunitária em relação ao crime. O primeiro princípio desta categoria é **o crime, antes de uma violação normativa, é uma violação direta ou indireta a pessoas e relacionamentos**⁸⁰⁸. Desse princípio se extrai o dever das intervenções restaurativas considerarem a dimensão dos sentimentos, necessidades e expectativas dos envolvidos ou afetados pelo caso penal quando da sua realização, bem como nos aspectos relacionais lesados ou tangenciados pelo caso penal.

O segundo princípio é que o **crime gera obrigações para as pessoas envolvidas e afetadas por ele, assim como para o Estado e para a sociedade**⁸⁰⁹. Para Zehr, esse princípio implica, em primeiro lugar, no dever do autor da ofensa reconhecer o mal praticado em face da vítima e, de algum modo, tomar medidas para repará-lo parcial, total ou simbolicamente⁸¹⁰. O autor completa que assumir as responsabilidades pelo crime em face da vítima requerer mais racionalizações e quebras de estereótipos do que apenas aceitar a punição, de modo que, por vezes, a aceitação dessa obrigação demandaria fortes estímulos ou mesmo medidas coercitivas. Zehr ressaltou que há, contudo, uma diferença entre fazer o suposto ofensor efetivar uma prestação, que é algo objetivo, e fazê-lo assumir a responsabilidade e encarar sua vítima, que é algo subjetivo e deve partir dele, não sendo salutar, para nenhuma das partes, obrigá-lo a se encontrar e a se retratar com ela⁸¹¹.

⁸⁰⁸ ZEHR, Howard. **Trocando as lentes...** Op. cit., p. 171.

⁸⁰⁹ ZEHR, Howard. **Trocando as lentes...** Op. cit., p. 185-188.

⁸¹⁰ ZEHR, Howard. **Trocando as lentes...** Op. cit., p. 186.

⁸¹¹ ZEHR, Howard. **Trocando as lentes...** Op. cit., p. 186-187.

Como ressaltou Zehr, o crime gera obrigações também para o Estado, como a obrigação de compreender os fatores estruturais que favoreceram a prática do delito para colaborar com a superação destes, a obrigação de oferecer suporte psicológico e material à vítima, neste último caso, se o ofensor e ela não puderem supri-lo⁸¹². Essas obrigações também se estendem ao autor da ofensa, como a sua reintegração social e o oferecimento de condições mínimas para que ele seja incluído no projeto Estatal de efetivação de direitos fundamentais, acaso ele se disponha a tanto e esteja em situação de vulnerabilidade, marginalização e risco.

Com relação aos representantes da comunidade, estes também teria a obrigação de oferecer um suporte à vítima, de produzir a censura sobre o autor da ofensa e de operar como fiscal informal dos compromissos assumidos. A vítima, ao seu turno, se desejar participar da iniciativa restaurativa, teria a obrigação de esclarecer as consequências negativas do delito para si e de expressar quais necessidades e expectativas possui em relação à resposta ao caso penal.

Outro fator abarcado por esse princípio é o fato de que, para que o crime gere obrigações, ele precisa ter existido. Portanto, outro pressuposto de operacionalização básica que se extrai do segundo princípio é que não se pode aceitar que seja realizada uma prática restaurativa se, concomitantemente, pelo menos uma das partes não reconhece a existência do crime e não há indícios de que ele tenha ocorrido. Isso inclusive fica evidente no inciso III, número 7 da Resolução nº 2002/12 do Conselho Econômico e Social da ONU, que trata dos “princípios Básicos para a utilização de programas de justiça restaurativa em matéria criminal”:

7. Processos restaurativos devem ser utilizados somente quando houver prova suficiente de autoria para denunciar o ofensor e com o consentimento livre e voluntário da vítima e do ofensor. A vítima e o ofensor devem poder revogar este consentimento a qualquer momento, durante o processo. Os acordos só poderão ser pactuados voluntariamente e devem conter somente obrigações razoáveis e proporcionais⁸¹³.

O próximo princípio é derivado do anterior e pode ser definido como **“princípio da responsabilidade ou corresponsabilidade”**, no sentido de que todo o projeto de práticas restaurativas deve propiciar fluxos e oportunidades para que os atores supracitados possam ser responsabilizados ou se autorresponsabilizar pelas suas obrigações. Desse princípio derivam-se então mais dois: o princípio da **censura** e o princípio da **inclusão**.

⁸¹² ZEHR, Howard. **Trocando as lentes...** Op. cit., p. 188-189.

⁸¹³ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Resolução 2002/12...** Op. cit.

O princípio **da censura** alude ao fato de que a prática restaurativa precisa propiciar que a comunicação da reprovabilidade do ato danoso cometido, uma vez que ele lesou a vítima e valores coletivos necessários para a convivência harmônica. Como isso é um problema para os princípios de operacionalização executiva dos programas. Essa censura, contudo, não pode conter um caráter intrinsecamente aflitivo, caso contrário ela será uma punição, e não pode excluir ou dificultar a reintegração social do autor da ofensa, uma vez que a JR busca restaurar vínculos e não rompê-los. A censura também não pode incluir a aplicação da pena privativa de liberdade, primeiro em virtude da necessária ausência de imposição de afluência já referenciada e segundo porque as práticas restaurativas não tem o condão de viabilizar a aplicação de uma pena, afinal, isso depende do devido acerto jurisdicional do caso penal, que é efetivado pela via processual.

A responsabilização dos atores envolvidos deve propiciar a sua **inclusão** no processo de construção da resposta ao crime, justamente para que exerçam suas obrigações e consolidem a censura. A inclusão abrange também o dever Estatal de viabilizar a participação dos envolvidos no projeto democrático, o que remete ao compromisso social da JR de operar também enquanto uma política democrática inclusiva. Dessa forma, a JR contribuiria para o mapeamento e compreensão profunda das distorções entre realidade e o projeto constitucional de efetivação de direitos fundamentais, respeitando-se as decisões de cidadãos que não desejem intervenções de caráter afirmativo, mas oportunizando espaços de diálogo entre eles e o plano institucional, a fim de que essas faltas estatais fiquem evidenciadas e possam ser discutidas.

Quanto ao primeiro aspecto do princípio da inclusão, a Resolução nº 2002/12 do Conselho Econômico e Social da ONU, em seu inciso I, ponto 2, define:

2. Processo restaurativo significa qualquer processo no qual a vítima e o ofensor, e, quando apropriado, quaisquer outros indivíduos ou membros da comunidade afetados por um crime, **participam ativamente na resolução das questões oriundas do crime, geralmente com a ajuda de um facilitador**. Os processos restaurativos podem incluir a mediação, a conciliação, a reunião familiar ou comunitária (*conferencing*) e círculos decisórios (*sentencing circles*)⁸¹⁴

Em razão de esse princípio assegurar a voz ativa dos envolvidos no caso penal para construir uma resposta a este, neste ponto ele também pode ser aludido como **princípio da maximização da autonomia**, mais popularmente conhecido como **empoderamento**, no sentido de que os programas restaurativos devem propiciar condições e suporte para que os

⁸¹⁴ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Resolução 2002/12...** Op. cit.

participantes possam ocupar uma relevância de primeiro plano na formulação dessa resposta, e sintam-se confortáveis para contribuir dentro das suas limitações intelectuais ou de qualquer outra natureza. O princípio do empoderamento é referenciado, sem maiores detalhamentos, no rol de princípios elencados no art. 2º da Resolução nº 225 de 2016 do CNJ:

Art. 2º São princípios que orientam a Justiça Restaurativa: a corresponsabilidade, a reparação dos danos, o atendimento às necessidades de todos os envolvidos, a informalidade, a voluntariedade, a imparcialidade, a participação, o empoderamento, a consensualidade, a confidencialidade, a celeridade e a urbanidade⁸¹⁵.

Ainda, tem-se que qualquer resposta ao caso penal que emergja das práticas restaurativas deve ser balizada pelo **princípio da proporcionalidade**, cuja efetivação depende da observância de critérios e condições estipuladas pelos participantes durante as suas interações e que aludam à reparação do dano e comunicação de reprovação ao ato ofensivo. Além disso, a proporcionalidade pode ser verificada pelos operadores do direito em juízos complementares aos realizados pelos participantes, verificando-se se as prestações estipuladas não criam ônus para além dos legalmente previstos em circunstâncias semelhantes. Esse princípio está previsto no §5º do art. 2º da Resolução nº 225/2016 do CNJ e no já referenciado inciso II, número 7, da Resolução nº 2002/12 do Conselho Econômico e Social da ONU:

§ 5º O acordo decorrente do procedimento restaurativo deve ser formulado a partir da **livre atuação e expressão da vontade de todos os participantes**, e os seus termos, aceitos voluntariamente, conterão obrigações razoáveis e proporcionais, que respeitem a dignidade de todos os envolvidos.⁸¹⁶

Sobre os princípios de operacionalização de execução das práticas restaurativas a **voluntariedade**, se relaciona com o empoderamento, sendo o primeiro aspecto prático deste ao passo se vincula ao reconhecimento do direito de escolha em participar, ou não, das práticas restaurativas. A voluntariedade também é prevista como um princípio da JR na Resolução nº 225 de 2016 do CNJ (art. 2º) e na Resolução nº 2002/12 do Conselho Econômico e Social da ONU (inciso II, número 7) e, a meu ver, ela é uma decorrência lógica de todo o caráter dialógico vinculado às práticas restaurativas: não se pode forçar

⁸¹⁵ BRASIL. **Resolução nº 225 de maio de 2016**... Op. cit.

⁸¹⁶ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Resolução 2002/12**... Op. cit.

ninguém a dialogar ou a cumprir prestações e pressupor que isso restaurará vínculos. A extensão da voluntariedade, todavia, depende da vertente adotada.

Para o maximalismo, o autor da ofensa não precisa concordar com a sanção restaurativa para ela ser imposta, enquanto no purismo a **consensualidade** é regra do começo ao fim da abordagem restaurativa, tendo os protagonistas o poder de veto. A complementaridade ou alternatividade entre sistema penal e JR, todavia, mitiga essa voluntariedade em virtude da coação estrutural pelo risco do sujeito sofrer a punição. Nesse sentido, o zelo pela preservação de uma voluntariedade autêntica depende de como ela será mensurada, se haverá diretrizes de conduta para os facilitadores quanto a tal aspecto, por exemplo, ou se a mera assinatura de um termo de adesão ao programa bastaria. A voluntariedade plena é um dos alicerces da *encounter* e da *transformative theory* e ela abarca a consensualidade no que toca ao consenso sobre os termos de eventual acordo restaurativo.

Outra faceta da **consensualidade** é o fato de vítima e ofensor deverem concordar sobre os fatos essenciais referentes ao caso, o que é uma exigência fundamental no purismo e na *encounter theory*. A razão para tanto reside no caráter reflexivo e construtivo das práticas restaurativas, que não possuem um escopo investigativo como o processo penal. Sem a consensualidade neste sentido, inviabiliza-se uma interação dialógica como requer, por exemplo, o purismo. Tal princípio está previsto no inciso II, número 8, da Resolução nº 2002/12 do Conselho Econômico e Social da ONU, bem como no §1 do art. 2º da Resolução nº 225 de 2016 do CNJ⁸¹⁷.

A voluntariedade também se desdobra no **princípio da decisão informada** o qual alude ao dever dos facilitadores e demais envolvidos no programa restaurativo esclarecerem detalhadamente a operacionalização da prática restaurativa e as possíveis consequências da participação ou tomada de decisão pelos participantes em um sentido ou outro. Estando cientes dessas consequências, os participantes estarão munidos com informações relevantes para exercerem sua autonomia e decidirem com consciência⁸¹⁸. Tal princípio está previsto no §3º do art. 2º da Resolução nº 225 de 2016 do CNJ e abrange o direito dos envolvidos de consultarem um operador do direito:

⁸¹⁷ “8. A vítima e o ofensor devem normalmente concordar sobre os fatos essenciais do caso sendo isso um dos fundamentos do processo restaurativo. A participação do ofensor não deverá ser usada como prova de admissão de culpa em processo judicial ulterior”. Em: ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Resolução 2002/12...** Op. cit. “§ 1º Para que o conflito seja trabalhado no âmbito da Justiça Restaurativa, é necessário que as partes reconheçam, ainda que em ambiente confidencial incomunicável com a instrução penal, como verdadeiros os fatos essenciais, sem que isso implique admissão de culpa em eventual retorno do conflito ao processo judicial”. Em: BRASIL. **Resolução nº 225 de maio de 2016...** Op. cit.

⁸¹⁸ ALMEIDA, Tania. **Caixa de Ferramentas em Mediação...** Op. cit., p. 38.

§ 3º Os participantes devem ser informados sobre o procedimento e sobre as possíveis consequências de sua participação, bem como do seu direito de solicitar orientação jurídica em qualquer estágio do procedimento⁸¹⁹.

Da mesma forma ele se faz presente no conteúdo do inciso II, número 13, alíneas “a” e “b” da Resolução 2002/12 do Conselho Econômico e Social da ONU:

13. As garantias processuais fundamentais que assegurem tratamento justo ao ofensor e à vítima devem ser aplicadas aos programas de justiça restaurativa e particularmente aos processos restaurativos;
- a) Em conformidade com o Direito nacional, a vítima e o ofensor devem ter o direito à assistência jurídica sobre o processo restaurativo e, quando necessário, tradução e/ou interpretação. Menores deverão, além disso, ter a assistência dos pais ou responsáveis legais.
 - b) Antes de concordarem em participar do processo restaurativo, as partes deverão ser plenamente informadas sobre seus direitos, a natureza do processo e as possíveis consequências de sua decisão;⁸²⁰

O **princípio da confidencialidade** garante o sigilo das informações expressadas pelos participantes durante toda a prática restaurativa, impedindo que estas sirvam como prova em eventuais processos, salvo o consentimento coletivo em sentido contrário, ou exceções previstas normativamente⁸²¹. Esse princípio incide inclusive sobre os facilitadores e admite relativização havendo consenso entre os envolvidos acerca da publicidade de alguma informação. Sua finalidade é preservar a intimidade dos participantes e zelar pela espontaneidade e autenticidade das interações. Tal princípio acoberta somente o conteúdo dos diálogos caso haja um sistema de diálogo entre justiça penal e JR. Isso porque o teor do acordo ou eventuais relatórios das equipes multidisciplinares de suporte não são abarcados por tal princípio, a menos que os participantes deliberem em sentido contrário e aceitem que a prática, portanto, não produza efeitos jurídicos sobre os procedimentos institucionais vinculados a elas.

O **princípio da segurança** compreende a necessidade da iniciativa zelar pela incolumidade física e psíquica dos participantes, de modo que as interações devam ser suspensas no caso de violência eminente, bem como o ambiente não pode ser hostil. Tanto

⁸¹⁹ BRASIL. **Resolução nº 225, de 31 de maio de 2016**... Op. cit.

⁸²⁰ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Resolução 2002/12**... Op. cit.

⁸²¹ O art. 30 da Lei de Mediação estipula que o conteúdo da mediação será confidencial, não podendo ser revelado em processo judicial, ou arbitral, salvo se as partes expressamente decidirem, ou se o cumprimento do acordo assim o exigir. Em: BRASIL. **Lei nº 13.140, de junho de 2015**. Distrito Federal: Congresso Nacional, 2015. O princípio da confidencialidade, no âmbito das abordagens restaurativas, também está previsto no art. 2º, *caput*, da Resolução nº 225 de 2016 do CNJ: § 2º É condição fundamental para que ocorra a prática restaurativa, o **prévio consentimento, livre e espontâneo**, de todos os seus participantes, assegurada a retratação a qualquer tempo, até a homologação do procedimento restaurativo. Em: BRASIL. **Resolução nº 225, de 31 de maio de 2016**... Op. cit.

a vítima como o ofensor não podem ser colocados em risco de violência, o que implica na escolha de um local seguro para a realização das práticas e da tomada de medidas que viabilizem a prevenção e contenção imediata da violência moral ou física. Os facilitadores poderão recomendar que as práticas não sejam realizadas caso alguma das partes de fato manifeste intenção de hostilizar a outra. Esse princípio está previsto no inciso II, número 10, da Resolução 2002/12 supracitada⁸²².

O **princípio da horizontalidade** trata do dever dos colaboradores dos programas restaurativos de se relacionarem com os participantes sem favoritismos, dando-lhes as mesmas oportunidades de expressão e de participação. Outras facetas desse princípio aludem à inexistência de hierarquias entre os participantes no âmbito das práticas restaurativas e também ao **princípio da imparcialidade**, que deve reger a atuação dos facilitadores.

A horizontalidade pode ser mitigada quando o programa admite a participação de figuras de autoridade nas práticas, como juízes, promotores e policiais, o que, no nosso entendimento, é prejudicial à qualidade do encontro. Em outro sentido, considerando que as práticas voltam-se primeiramente ao atendimento das necessidades das vítimas, é possível dizer que esse princípio é relativizado quando a vítima necessita de algum cuidado adicional ou de mais tempo para se expressar do que os demais participantes. A horizontalidade e a imparcialidade estão previstas em ambas as Resoluções do já referenciadas do Conselho Econômico e Social da ONU⁸²³ como do CNJ⁸²⁴.

O próximo princípio, decorrente prático do segundo princípio filosófico, é a **reparação**, compreendida como um dos principais marcos distintivos entre a JR e a justiça penal uma vez que ela baliza a resposta restaurativa ao ato ofensivo cometido. Os programas podem divergir se a reparação deve ocorrer somente à vítima ou também à comunidade na qual o ato foi praticado, na forma, por exemplo, de serviço comunitário ou de alguma ação considerada coletivamente positiva. Além disso, a reparação pode ter cunho material (indenização ou realização de alguma obrigação de fazer), simbólico (retratação ou

⁸²² “10. A segurança das partes deverá ser considerada ao se derivar qualquer caso ao processo restaurativo e durante sua condução”. Em: ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Resolução 2002/12...** Op. cit.

⁸²³ Inciso II (...) 18. Os facilitadores devem atuar de forma imparcial, com o devido respeito à dignidade das partes. Nessa função, os facilitadores devem assegurar o respeito mútuo entre as partes e capacitá-las a encontrar a solução cabível entre elas. Em: ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Resolução 2002/12...** Op. cit.

⁸²⁴ “art. 2º Art. 2º São princípios que orientam a Justiça Restaurativa(...) imparcialidade, (...) § 4º Todos os participantes deverão ser tratados de forma justa e digna, sendo assegurado o mútuo respeito entre as partes, as quais serão auxiliadas a construir, a partir da reflexão e da assunção de responsabilidades, uma solução cabível e eficaz visando sempre o futuro. Em: BRASIL. **Resolução nº 225, de 31 de maio de 2016...** Op. cit.

pedido público de desculpas). O dever de reparação também pode ser compartilhado entre responsável pela ofensa e Estado, que falhou em providenciar a segurança e as devidas condições para prevenir a prática de delitos, de forma que o serviço público pode contribuir com a efetivação da reparação devida pelo autor da ofensa, disponibilizando material necessário para tanto (caso ele não tenha condições de adquiri-lo) e mesmo reparando eventual falta com o próprio ofensor e com a vítima em relação a assegurar seus direitos fundamentais e sua inclusão no projeto democrático.

Esse princípio da reparação pode ser extraído do *caput* do art. 2º da resolução n.º 225 de 2016 do CNJ e da definição de “resultado restaurativo” oferecida pelo inciso I, número 3 da Resolução 2002/12 do Conselho Econômico e Social da ONU:

3. Resultado restaurativo significa um acordo construído no processo restaurativo. Resultados restaurativos incluem respostas e programas tais como reparação, restituição e serviço comunitário, objetivando atender as necessidades individuais e coletivas e responsabilidades das partes, bem assim promover a reintegração da vítima e do ofensor⁸²⁵.

Por fim, pode-se falar também em uma derivação prática do princípio filosófico da inclusão, que seria o **princípio do diálogo** entre vítima e responsável pela ofensa. Esse é um princípio atrelado à *encounter theory* e ao purismo e remete à necessidade dos programas restaurativos viabilizarem uma interação entre os referidos autores para que juntos possam compreender as causas e consequências da questão e formular uma resposta ao caso penal. O diálogo não precisa ser obrigatoriamente direto, podendo-se dar por cartas, remotamente, ou por dublagem de um facilitador caso os participantes não desejem se encontrar face a face. Nas linhas mais extremas do maximalismo e da *reparative theory*, tal interação pode ser dispensada, priorizando-se somente a efetivação da reparação.

O princípio do diálogo pode ser efetivado também por meio de diretrizes técnicas como a **comunicação não-violenta (CNV)** e a **escuta-ativa**, estruturadas por Marshall Rosenberg. A CNV, basicamente se baseia na observação de um fato sem qualquer emissão de juízo de valor, na expressão de um sentimento decorrente de uma necessidade que a pessoa deseja que seja atendida, na descrição dessa necessidade, e na emissão de um pedido a outrem para que essa pessoa acolha a necessidade e contribua para a sua satisfação em prol de enriquecer a vida do interlocutor e fortalecer seu vínculo ele⁸²⁶. Tal técnica pode ser utilizada como uma forma de assegurar um diálogo empático e livre de julgamentos

⁸²⁵ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Resolução 2002/12...** Op. cit.

⁸²⁶ ROSENBERG, Marshall B. **Comunicação não-violenta...** Op. cit., p. 19-35.

moralizantes entre os presentes. Pressupõem-se que esse estilo de emissão de mensagens favorece a compreensão mútua de anseios e as perspectivas. A **escuta ativa**, ao seu turno, remete à atenção plena dirigida à fala de outrem para possibilitar a identificação de seus sentimentos, necessidades e expectativas no âmbito do conteúdo da fala, e a necessidade do interlocutor perguntar e demonstrar que entendeu a mensagem⁸²⁷. É um princípio complementar à comunicação não-violenta.

Entende-se que um programa restaurativo que almeja se aproximar da linha purista, se aproximará dos princípios supracitados para preservar o caráter comunitário e dialógico da JR, potencializando as suas características inclusivas e democráticas.

⁸²⁷ Embora não use exatamente o termo “escuta-ativa”, Rosenberg trata de um conceito referente a uma forma de escuta empática, focada na percepção dos sentimentos e necessidades do interlocutor, a qual foi tomada como referência para a formulação da diretriz da escuta ativa nos círculos realizados no Sul do Brasil. Em: ROSENBERG, Marshall B. **Comunicação não-violenta**... Op. cit., p. 137-138.

CAPÍTULO IV – (RE)PENSANDO OS ESPAÇOS DA JUSTIÇA RESTAURATIVA NA ÁREA CRIMINAL: UMA REFLEXÃO NO CONTEXTO BRASILEIRO

4.1 A importância da construção de uma narrativa restaurativa brasileira: superando a marginalização da justiça restaurativa

No Capítulo I, buscou-se evidenciar que a estrutura do sistema penal estatal se consolidou partindo, dentre outros fatores, da negação da justiça comunitária, da sua pretensão centralizadora e de universalização, e do discurso desenvolvimentista autorreferencial. Em seguida, foi iniciada uma contextualização da desigualdade social e do relacionamento da sociedade brasileira com o sistema penal e a violência. A partir disso foi possível perceber como existem realidades tão desiguais em termos de acessibilidade a direitos fundamentais, exercício e gozo da cidadania e qualitativamente diversas no que toca a sua interação com o Estado e seu sistema punitivo. Por fim, com base principalmente no relatório “Pilotando a Justiça Restaurativa”, foi feita uma análise panorâmica do estado da arte da institucionalização judicial da JR no Brasil, evidenciando-se a partir disso possíveis potenciais a serem explorados para superar problemas envolvendo a ampliação do controle social, uso da JR para potencializar a reprovação penal do crime e a marginalização da JR a casos de crimes de menor potencial ofensivo.

No Capítulo II, revisitou-se os pressupostos e a racionalidade jurisdicional e processual a partir do contexto normativo brasileiro, fazendo-se ao final uma reflexão sobre os fundamentos e finalidades da punição. A partir disso, foi verificado como o poder punitivo poderia ser freado por meio da aplicação restaurativa da censura e da busca pela reparação dos danos causados pelo crime. Nessa parte do trabalho ficou claro que as práticas restaurativas não são vias possíveis para a aplicação da pena, mas, como o processo, correspondem a rituais de responsabilização e ressignificação do conflito que podem promover a coesão social via a reafirmação de valores coletivamente reconhecidos como essenciais para a preservação da harmonia relacional. Tudo isso focando na dimensão humana do conflito, nas necessidades da vítima e na responsabilização dialógica do autor do delito. Os pontos de contato entre as práticas e processo podem ser vislumbrados, portanto, quando a dedução teleológica do procedimento alcança patamares para além dos reducionismos jurídicos.

Ainda, a conexão instrumental do processo com a punição evidencia que o fundamento deste está vinculado também à fundamentação desta. Concluiu-se então que,

segundo parâmetros éticos e constitucionalmente aceitáveis, a essência do princípio fundante da punição e, conseqüentemente, do processo, é a “justiça” (retributivismo), fruto do dever de equilibrar e acertar o cometimento de uma injustiça com o outro e um desrespeito a valores relacionais fundamentais. Nesse ponto, novamente processo e práticas restaurativas encontram percursos trilhados por ambos. A analogia desses rituais de construção da paz é atrapalhada em virtude do afastamento e abstração que a linguagem jurídica promove em relação à realidade material e à dimensão humana. A ruptura com a normalização do jurídico facilita enxergar todo o misticismo autoritário e centralizador que dá sustentação ao sistema punitivo. Mais além, essa mesma quebra de normalização, que geralmente é feita mediante o estudo (empático) do diferente, esclarece que a pena, o processo e o Estado, são elementos existentes em determinados contextos que se perpetuam na condição de opções possivelmente superáveis.

A terceira parte do trabalho repousou sobre a complexidade dos debates em torno da JR, suas práticas, elementos comuns e princípios. Esse exercício reflexivo dialogou com o conteúdo do Capítulo II pelo fato da JR se tratar de uma reação à lógica violenta e segregadora do sistema penal e também dialogou com o Capítulo I porque as narrativas e princípios explorados remetem ao resgate dos ideais comunitários e à crítica à centralização estatal no que toca à apropriação do conflito e o afastamento da vítima e do autor da ofensa no seu processo decisório. Ainda, foram debatidos os diversos modelos restaurativos e suas propostas de interação com o sistema de justiça criminal e enfoques referentes à condução das práticas restaurativas, considerando-se que o purismo representa uma visão mais coerente de preservação dos ideais restaurativos. Com relação ao enfoque das práticas restaurativas para promover transformações substanciais no conflito e resgatar a importância da vítima, compreendeu-se que ela deve ser focada na perspectiva do encontro e da transformação sem, no entanto, excluir a importância da reparação.

Assim, inicia-se o último capítulo desta dissertação reconhecendo-se, desde já, que as narrativas de resgate da ancestralidade e o papel popular pela institucionalização da JR são variáveis que contrastam com o desenvolvimento particular das práticas restaurativas no Brasil. Em que pese a relevância da importação teórica e discursiva dos JR europeia e norte-americana pelas instituições e estudiosos brasileiros, a regra ainda é o uso marginal das práticas restaurativas na área criminal, com enfoque prioritário na reprovação dos atos do ofensor e baixa inclusão do ofendido nos procedimentos restaurativos⁸²⁸. Da mesma

⁸²⁸ ANDRADE, Vera Regina Pereira de (org). **Pilotando a Justiça Restaurativa: o papel do poder judiciário**. Em: Justiça Pesquisa, Direitos e Garantias Fundamentais. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2018, p.

forma, as supostas limitações jurídicas à ampliação de projetos-pilotos na área penal, parece também reter as reflexões teóricas brasileiras aos aspectos conceituais da JR, aos seus riscos e a propostas de reforma sem maiores aprofundamentos na permeabilidade do ordenamento jurídico para a expansão da JR além dos juizados especiais.

No centro dessa timidez teórica ou doutrina, usualmente emerge o princípio da obrigatoriedade, que ora é negado, apontando-se a oportunidade como o caminho para a alternatividade entre JR e justiça criminal, ora é apontado como óbice e reafirma-se as barreiras jurídicas à JR. Em relação à institucionalização da JR, o problema da segunda posição é a reafirmação da atual marginalização sistêmica práticas restaurativas. Com relação a segunda, tem-se dois problemas: **(i)** ela não encontra ressonância para alterar a mentalidade dos operadores do sistema de justiça, seja pelo apego institucional à tradição da obrigatoriedade, seja por uma visão monolítica e centralizadora de entender o controle jurisdicional processual dos casos penais como único meio de gerenciar a situação penal (visão essa que preserva o poder e relevância social do sistema de justiça); **(ii)** mesmo se a segunda posição fosse aceita e exercida, ela aumentaria ainda mais discricionariedade das instituições do sistema de justiça criminal, provavelmente direcionando ainda mais a criminalização às classes menos favorecidas e ampliando a impunidade das demais.

Conforme apontado no Capítulo II, é possível que as reflexões quanto à institucionalização alternatividade entre JR e justiça criminal sejam realizadas considerando o princípio da obrigatoriedade. Em outras palavras, não é necessário sacrificar a dogmática a qual os operadores do sistema de justiça são tão apegados, pois é possível falar a mesma linguagem desses operadores e encontrar soluções as quais eles compreendam. É possível, portanto, efetivar a obrigatoriedade à luz das novas propostas sem corromper as mudanças positivas que elas trazem. Isso atende aos anseios de segurança jurídica e, ao mesmo, tempo permite que a JR não fique segregada como mais uma ideia subaproveitada pelas instituições do brasileiras. A proposta deste trabalho foi então ressignificar a justa causa, estendendo a sua compreensão como um conceito que permite a efetivação da intervenção mínima e do uso concreto do processo e do direito penal como últimos recursos, adotando-se a JR como possível alternativa.

Como será explorado no próximo tópico, essa via já foi utilizada em um projeto do Ministério Público do Estado do Paraná no qual o pesquisador atuou como facilitador, concretizando em casos penais processáveis via ação penal incondicionada, a

alternatividade entre JR e processo/punição. Com a superação jurídica dessa suposta barreira (obrigatoriedade), como, na perspectiva aqui trabalhada, mostrou-se possível de realizar, há ainda dois grandes empecilhos para a exploração de novos espaços de aplicação da JR na seara penal: o cultural e político.

Um exemplo disso são decisões dos tribunais que negam o encaminhamento de casos para a realização de práticas restaurativas não com base em argumentos jurídicos, mas sim por meio de noções filosóficas sobre justiça. Dentre os fundamentos usados estão a insuficiência das práticas restaurativas para concretizar as finalidades da pena, especificamente em relação à necessidade e suficiência da punição para reprimir a ocorrência de novos delitos graves⁸²⁹. Observa-se ainda que em uma decisão do gênero, foi usado como reforço argumentativo, o fato do réu ser reincidente, o que, a nosso ver, é apenas mais uma evidência da inadequação da pena como meio de contenção da violência e do crime⁸³⁰.

Esse tipo de perspectiva reflete o apego à ideia da punição como única reação adequada a crimes mais graves. Pondera-se ainda que, nas decisões citadas, tratou-se de negar o encaminhamento em si, não se está falando nem de ponderar consequências jurídicas mas sim de explicitar uma visão de impossibilidade do uso das práticas restaurativas para casos de crimes comuns.

Apesar desses posicionamentos, pode-se referenciar um caso que atingiu a instância do Superior Tribunal de Justiça (STJ), no qual o réu foi absolvido pelo júri, após o pedido de clemência pela defesa com base na celebração e homologação de acordo restaurativo entre réu e vítima. Tal absolvição ocorreu apesar de, em tese, estarem presentes as provas da materialidade e autoria do delito, motivo pelo qual o Ministério Público do Rio Grande do Sul (MPRS) recorreu da decisão com base no argumento de decisão manifestamente contrária a prova dos autos e vício formal na ordem de apresentação de quesitos. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS) decidiu pela anulação do julgamento do Tribunal do Júri em razão do vício formal na inversão de quesitos e o STJ, em decisão monocrática, ratificou esse posicionamento. Trata-se aqui da exceção que confirma a regra, pois mesmo sendo admitida realização de práticas restaurativas em um caso de homicídio

⁸²⁹ Como exemplo cita-se a seguinte decisão, utilizada para negar o encaminhamento de caso de roubo à programa de práticas restaurativas: DISTRITO FEDERAL. **Apelação nº 20150110966096 0042666-07.2016.8.07.000**. Brasília: Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, Terceira Turma Criminal, Relator João Batista Teixeira, data do julgamento: 20/04/2017, data da publicação da decisão: 02/05/2017.

⁸³⁰ ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. **Apelação nº: 00116862620158080014**. Vitória: Tribunal de Justiça do Espírito Santo, Primeira Câmara Criminal, Relator Pedro Valls Feu Rosa, data do julgamento 12/09/2018, data de publicação: 21/09/2018.

tentado, e havendo consenso entre vítima e autor da ofensa, o MPRS pleiteou a anulação do julgamento com base na contrariedade da decisão às provas, ou seja, priorizando a lógica persecutória penal sobre a vontade manifestada pela vítima e o veredito do júri⁸³¹.

Em contrapartida, para casos envolvendo crimes de menor potencial ofensivo, é muito mais fácil encontrar decisões respaldando o encaminhamento de casos a programas restaurativos. Enquanto a primeira decisão judicial referenciada nesse tópico tratava de uma negativa do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT) de encaminhamento de caso de roubo para programa de práticas restaurativas, há, por exemplo, decisão da primeira turma recursal do mesmo tribunal suspendendo julgamento de processos do juizado especial criminal para direcionar um caso de exercício arbitrário das próprias razões, entre familiares, ao programa de Justiça Restaurativa do TJDFT⁸³².

Isso não significa que inexistam posicionamentos no sentido de autorizar o uso da JR para situações além dos crimes de menor potencial ofensivo, como exemplo a decisão monocrática do TJRS respaldando encaminhamento de suposto caso de abandono material de criança (cuja pena máxima é de quatro anos) ao CEJUSC local. Para tanto o relator uso com base na Resolução nº 225 de 2016 do CNJ e o argumento de que a JR favoreceria o desenvolvimento físico e mental da criança muito mais do que o processos penal⁸³³. Observa-se que a Resolução nº 225 de 2016 do CNJ não prevê limites de pena para a aplicação de práticas restaurativas a casos penais, nem faz qualquer restrição ao tipo de crime, de modo que o primeiro argumento poderia ser usado inclusive para respaldar a sua aplicação inclusive para crimes mais graves. Entretanto, como apontado no relatório “Pilotando a Justiça Restaurativa”, a maioria dos programas de JR, pelo menos no âmbito judicial, são voltados a crimes qualificados como de menor potencial ou atos infracionais.

Sobre os aspectos culturais relativos à rejeição das práticas restaurativas pela sociedade e, da mesma forma, instituições do sistema de justiça, Daniel Achutti e Cláudio Daniel de Souza apontam que o medo da criminalidade, a sensação de insegurança fomentada pela mídia e reafirmação da necessidade do direito penal pelas autoridades são

⁸³¹ BRASIL. Decisão Monocrática no Recurso Especial nº 1621298 RS/021539-0. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, Sexta Turma, Relator: Rogério Schietti Cruz, data do julgamento: 27/02/2020.

⁸³² DISTRITO FEDERAL. **Apelação nº 20161010076874 DF 0007687-70.2016.8.07.0010**. Brasília: Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, 1ª Turma recursal, Relator Fabrício Fontoura Bezerra, data do julgamento: 07/12/2017, data da publicação da decisão: 09/02/2018.

⁸³³ ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. **Decisão monocrática em Correição Parcial nº 70076790682**. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Sexta Câmara Criminal, Relator Ícaro Carvalho de Bem Osório, data do julgamento: 17/04/2018, data da publicação: 19/04/2018.

alguns dos elementos que sustentam essa resistência⁸³⁴. A construção de JR brasileira, que se expanda para além das margens do sistema penal demanda a construção de uma narrativa que a legitime não apenas juridicamente, mas culturalmente, favorecendo posicionamentos políticos que apostem no investimento da JR.

Como apontou Vera Regina Pereira de Andrade, é no trânsito contextualizado entre o micro, materializado nos encontros casuísticos das práticas restaurativas, e o macro, relativo à transformação paradigmática da mentalidade popular e da operacionalização institucional da democratização do sistema penal, que se demonstra o potencial para a criação de uma narrativa restaurativa autenticamente brasileira⁸³⁵.

Sem referências teóricas estruturantes isso demandará muito mais tempo, correndo-se o risco de banalização do que pode ser considerado restaurativo. A consolidação de um paradigma depende de critérios sólidos para se distinguir o que é aceito do que é aceitável e seus parâmetros permitem um controle de qualidade e trazem a segurança aos programas de que a sua observância lhes conferirá a qualificação de restaurativos, viabilizando verificar o quanto suas práticas estão transformando de maneira democrática e inclusiva o sistema de justiça. Mais além, uma base referencial auxilia na organização de iniciativas, possibilitando a transcendência do anárquico e exigindo cautela, afinal, as práticas restaurativas vão mais fundo na subjetividade e nas histórias das pessoas do que o sistema de justiça e isso pede cuidado.

Isso não significa estipular pré-requisitos tão detalhados e numerosos que arrisquem inviabilizar iniciativas restaurativas. Não trata de elitizar a JR, tornando-a possível apenas em grandes centros munidos com uma série de recursos, Tal opção seria empobrecedora, não favoreceria o surgimento de novas visões e experiências ao rol de programas restaurativos e impossibilitaria a chegada da JR em realidades mais distantes desses centros. O equilíbrio entre o mínimo necessário e o ideal em um plano institucional, marcado pelas disparidades estruturais e recursais, é um algo a ser trabalhado pela gestão de uma macro política de JR. A superação desse desafio, no entanto, depende não está dissociada da construção de uma narrativa restaurativa que incentive as instituições e a sociedade a comprarem e investirem na ideia.

⁸³⁴ SOUZA, Cláudio Daniel de; ACHUTTI, Daniel. Cultura do Medo e Justiça Restaurativa: o papel dos meios alternativos de resolução de conflitos no âmbito penal na construção de uma sociedade democrática. **Revista de Formas Consensuais de Solução de Conflitos**, Porto Alegre: v. 4, n. 2, p. 13-27, jul/dez, 2018, p. 15-16.

⁸³⁵ ANDRADE, Vera Regina Pereira de (org). **Pilotando a Justiça Restaurativa...** Op. cit., p. 74.

Como apontado no relatório “Pilotando a Justiça Restaurativa”, a América Latina está ausente nas narrativas sobre as origens e conceitos ligados à JR, transmitindo-se a ideia de que apenas o mundo anglo-saxão e europeu têm o que dizer sobre esse paradigma ou ainda que as realidades latino-americanas não dialogam com a JR⁸³⁶. Enquanto narrativas neozelandesas, norte-americanas e afins são difundidas e assumem (inclusive nesse trabalho, reconheço) uma posição de destaque, silencia-se o que a América Latina tem a contar.

México, Venezuela, Colômbia, Bolívia e Peru também vivenciaram, junto com as experiências narradas no norte, movimentos de emancipação pela justiça comunitária. Essas manifestações ocorreram especialmente em comunidades nativas rurais que buscavam resgatar seus costumes e exigir o respeito da sua identidade pelo Estado, que promove uma violência secular contra os costumes locais⁸³⁷.

No Peru, por exemplo, há os chamados “comuneiros” nas comunidades campesinas nativas, em torno dos quais elas se uniram organizando-se em uma comuna para compartilharem responsabilidades, promoverem a segurança contra furtos e roubos e tornarem acessíveis a terra e os pastos para o plantio, cultivo e criação de animais⁸³⁸. A base de identidade dos comuneiros é o conjunto de famílias que vivem em um território e se identificam como parte de um povo indígena. Apesar dessa premissa, são considerados comuneiros aqueles que se registram na comuna para se filiar a ela. Os filiados assumem o ônus de realizarem trabalhos em benefício da comunidade, consolidando assim a sua pertença.

Os comuneiros possuem assembleias em que as pessoas se reúnem para votar questões de relevância coletiva. A gestão dos conflitos, ao seu turno, é feita por meio de técnicas de reflexão e mediação, pautadas em princípios de equidade, igualdade, gratuidade, transparência e participação direta⁸³⁹. O enfoque desse tipo de justiça, promovida pelos próprios comuneiros, é reconectar os sujeitos conflitantes entre si e com os valores coletivos, em uma lógica muito semelhante às práticas restaurativas em uma perspectiva purista.

Leal e Fagundes apontaram que apesar desses pontos inclusivos, as pessoas da coletividade que não se filiam à comuna são pressionadas a fazê-lo por meio da segregação

⁸³⁶ ANDRADE, Vera Regina Pereira de (org). **Pilotando a Justiça Restaurativa...** Op. cit., p. 79.

⁸³⁷ ANDRADE, Vera Regina Pereira de (org). **Pilotando a Justiça Restaurativa...** Op. cit., p. 79.

⁸³⁸ LEAL, Jackson da Silva; FAGUNDES, Lucas Machado. Acesso à justiça: perspectivas críticas a partir da justiça andina. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, n. 9, p. 37-76, jan./jun., 2011, p. 56-57.

⁸³⁹ LEAL, Jackson da Silva; FAGUNDES, Lucas Machado. Acesso à justiça... Op. cit., p. 59.

ou da apelidada “lei do gelo”⁸⁴⁰. O descontentamento com a visão monista de herança colonial do Estado, favoreceu então essa contrarreação comunitária, focada na dimensão relacional e no resgate de culturas silenciados pelo individualismo e pela centralização estatal. Essa relação entre Estado, comunidade e indivíduo não se mostra plenamente harmônica em nenhuma das linhas interacionais desenvolvidas entre eles. A coação do indivíduo pelo coletivo não precisa ser a solução para a desigualdade, da mesma maneira que o afastamento fomentado pelo individualismo não é o único remédio a essa coação. Tal constatação é pertinente quando se trata da construção de um modelo restaurativo de justiça, afinal a JR se ampara também no princípio de resgate dos ideais comunitários.

Na Colômbia têm-se o exemplo dos conciliadores em equidade e dos juízes de paz, que atuam como prolongamentos do braço estatal nas comunidades para contribuírem com harmonia relacional. Com o movimento constituinte colombiano de 1991, relativo à administração e descongestionamento do sistema de justiça, e com a Lei nº 23 do mesmo ano, que regulamentou a função dos conciliadores em equidade, iniciou-se na Colômbia um movimento de fortalecimento da justiça comunitária, ainda que vinculado ao Estado⁸⁴¹.

Os conciliadores em equidade são pessoas que passaram por treinamentos estatais, foram certificados pelo Ministério da Justiça, venceram eleições comunitárias e foram nomeados por um juiz para atuar, gratuitamente, conciliando conflitos em núcleos comunitários. Durante a sua atuação, os conciliadores deverão se atentar ao conteúdo das normas estatais e locais.

Os juízes de paz, que surgiram no mesmo contexto, aproximam-se mais da lógica estatal, pois, além terem o poder para emitir decisões, podem recorrer ao aparato coercitivo oficial para promover a sua execução⁸⁴². Esse juiz também atua nos núcleos comunitários, priorizando soluções consensuais, e é eleito pela comunidade após se candidatar e passar por treinamentos fornecidos pelo sistema de justiça.

Nesse sentido, evidenciam-se dois modelos institucionalizados na América-Latina que dialogam com o caráter comunitário da JR. No Peru, esse movimento adquire feições de maior emancipação e autonomia em face do Estado e na Colômbia ele propicia o acesso à justiça para as comunidades, mas ainda se vincula ao aparato estatal. A designação desses movimentos como “justiça comunitária” não mascara o fato de que a sua reafirmação dos

⁸⁴⁰ LEAL, Jackson da Silva; FAGUNDES, Lucas Machado. Acesso à justiça... Op. cit., p. 58.

⁸⁴¹ LEAL, Jackson da Silva; FAGUNDES, Lucas Machado. Acesso à justiça... Op. cit., p. 59-60.

⁸⁴² LEAL, Jackson da Silva; FAGUNDES, Lucas Machado. Acesso à justiça... Op. cit., p. 60-61.

valores de reconexão, pluralismo, alteridade e inclusão os coloca em evidente diálogo com os princípios da JR⁸⁴³.

O relatório “Pilotando a Justiça Restaurativa” constata que enquanto Brasil, Chile e Argentina produzem um debate restaurativo balizado pela importação de conceitos e estratégias anglo-saxãs, outros países americanos de colonização espanhola têm pautado suas discussões na justiça comunitária, partindo das crises institucionais e contextos locais. Observa-se que amplitude dos valores e princípios restaurativos permitem a reinvenção dos procedimentos restaurativos para que eles se adéquem ao contexto de diversas realidades, inclusive as peculiares realidades latino-americanas⁸⁴⁴. Alinhando-se a isso, a Resolução 2002/12 do Conselho Econômico e Social ONU não conceituou JR, mas apenas a caracterizou partindo de um rol de princípios e vedações.

Um dos caminhos para a construção de uma narrativa restaurativa brasileira parece partir então **(i)** da desconstrução de mitos que empobrecem a JR como imprópria para a abordagem de crimes comuns; **(ii)** da compreensão profunda dos princípios da JR **(iii)** da descoberta do seu potencial democrático e inclusivo enquanto, simultaneamente, meio para construção de resposta ao crime e política pública. Um ponto positivo do atual contexto é que a JR brasileira, que se forma com a experiência prática, está fomentando novas comunidades de trabalho tanto dentro quanto fora do sistema de justiça, abrindo inclusive novos mercados a serem explorados por esses profissionais⁸⁴⁵. Isso é potencializado porque a prática restaurativa traz em si um caráter de inclusão, de horizontalidade e de compartilhamento de poderes e responsabilidades, representando um vasto horizonte em termos de reinvenção de climas organizacionais tanto em escolas quanto em ambientes corporativos.

A JR, todavia, se insere em um contexto estatal e capitalista avesso as suas origens ancestrais. A atemporalidade de suas práticas que, em tese, amoldam-se ao tempo e peculiaridades de seus participantes, choca-se com o universo hipermoderno do imediatismo e individualismo exacerbado, em que a noção de tempo é fortemente influenciada pela velocidade da era digital. Somando-se a isso, observa-se que essa dinâmica influencia a atuação do sistema de justiça e, por si só, já arrisca comprometer a execução do processo penal garantista⁸⁴⁶. A instituição do tempo do direito é uma

⁸⁴³ ANDRADE, Vera Regina Pereira de (org). **Pilotando a Justiça Restaurativa...** Op. cit., p. 79.

⁸⁴⁴ ANDRADE, Vera Regina Pereira de (org). **Pilotando a Justiça Restaurativa...** Op. cit., p. 82.

⁸⁴⁵ ANDRADE, Vera Regina Pereira de (org). **Pilotando a Justiça Restaurativa...** Op. cit., p. 144.

⁸⁴⁶ SILVEIRA, Felipe Lazzari da; SILVA, David Leal da. Tempo, discronia e processo penal: uma revisão democrática. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, Revista dos Tribunais Online, Thomson Reuters,

construção frágil, artificial, e constantemente ameaçada pelo risco de “destemporalização” pela dinamicidade da vida social, pois a demanda por agilidade social supera a dinâmica normativamente engessada do direito⁸⁴⁷. Essa dinâmica representa um forte risco de instrumentalização da JR pelo sistema de justiça.

A a vivência em uma sociedade caracteristicamente volátil e “apaixonada pelo novo”, coloca as instituições em uma constante de urgência⁸⁴⁸. No que diz respeito à aceleração procedimental, esse quadro de urgência é acompanhado pelo movimento legislativo voltado ao agravamento das penas, novas tipificações e abreviação dos procedimentos, traços verificados⁸⁴⁹, por exemplo, na nova Lei nº 13.964 de 2019 (pacote anticrime). Isso faz com que os juristas mais cautelosos vejam na JR um campo que pode servir de porta de entrada para relativizar ainda mais as garantias da clientela do sistema penal e legitimar, sob a premissa de justiça amigável, reações institucionais ainda mais drásticas quando a via restaurativa não produzir os resultados esperados.

Ao tratar da noção de risco e processo penal, Ricardo Jacobsen Gloeckner ressaltou que a sociedade caracterizada pela velocidade contamina o direito, produzindo a emergência de um tempo jurídico acelerado que auxilia na decomposição de garantias em prol da rápida produção de respostas⁸⁵⁰. O direito penal acelerado tende ao direito penal do inimigo, pois será direcionado pela eficácia, e, considerando a prevalência da cultura institucional punitiva, a eficácia provavelmente será traduzida na punição⁸⁵¹. Nota-se que a celeridade é prevista como princípio norteador das práticas restaurativas judiciais na Resolução nº 225 de 2016 (art. 2º, *caput*), da mesma forma que é tratada como vetor procedimental na Lei nº 9.099 de 1995 (art. 2ª, *caput*), e usada como uma das justificativas nas considerações da Resolução nº 181 de 2017 para a criação do ANPP, o que já cria uma ancoragem generalizada sobre a assimilação de novas propostas na justiça criminal estarem associadas com a aceleração da responsabilização penal.

Considerando que o processo penal exerce sua função protetiva quando as garantias processuais são respeitadas e que isso só é possível a partir do cumprimento de um tempo razoável, a simplificação dos procedimentos em nome da celeridade enseja a fragilização

vol. 132/2017, p. 139-167, jun/2017, p. 140.

⁸⁴⁷ SILVEIRA, Felipe Lazzari da; SILVA, David Leal da. Tempo, discronia e processo penal: uma revisão democrática... Op. cit., p. 141.

⁸⁴⁸ SILVEIRA, Felipe Lazzari da; SILVA, David Leal da. Tempo, discronia e processo penal: uma revisão democrática... Op. cit., p. 148.

⁸⁴⁹ SILVEIRA, Felipe Lazzari da; SILVA, David Leal da. Tempo, discronia e processo penal: uma revisão democrática... Op. cit., p. 150.

⁸⁵⁰ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Risco e Processo Penal** ... Op. cit., p. 14-15.

⁸⁵¹ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Risco e Processo Penal** ... Op. cit., p. 18-19.

das garantias asseguradas pela tipicidade dos atos processuais, tornando o processo penal incapaz de limitar o poder punitivo⁸⁵². Assim, um mito que merece revisão em relação às práticas restaurativas é que ela corresponde a uma justiça instantânea e pautada sobretudo na celeridade pois, ainda que as práticas possam ser tendencialmente mais céleres do que o procedimento penal, isso ocorre em razão do tempo dos participantes sê-lo também. Quando as práticas dialogam com a justiça penal, seja em termos de alternatividade ou de complementaridade, é inevitável que o tempo da justiça criminal afeta o tempo da JR, Apesar disso é importante ter-se em mente que, da mesma forma que o processo demanda tempo para promover o devido respeito às garantias, as práticas têm como premissa, na maior medida possível, respeitar o tempo de preparo dos participantes para ingressar nelas, especialmente da vítima.

A celeridade também merece recortes em relação à formação oferecida àqueles que desejam se tornar facilitadores⁸⁵³, afinal, tal tarefa demanda considerável experiência, treinamento, práticas de preparação e autocuidado. É imprescindível, para o zelo com a qualidade dos programas, que a formação de facilitadores seja continuada e vá para além de cursos de sensibilização em massa. Não se trata de um ofício fácil e, como ressaltado no relatório sobre a JR judicial, existe ainda forte carência em termos de preparo teórico e clareza de parâmetros principiológicos relativamente às práticas e programas.

Outro mito que a ser superado é a vinculação da JR com a criminalidade leve⁸⁵⁴. Carolyn Hoyle defendeu que as práticas restaurativas seriam mais adequadas aos casos nos quais a infração é de menor potencial ofensivo. Esse tipo de raciocínio pressupõe que pessoas lesadas por uma ofensa mais grave não terão interesse, terão medo de interagir com seu ofensor ou que as práticas restaurativas são insuficientes para dissuadir o autor da ofensa a ofender novamente⁸⁵⁵. Essa é uma aposta que a autora faz na tendência humana de desejar vingança, pelo seu temor que as práticas provoquem revitimização e mesmo pelas ancoragens mentais que, inevitavelmente, nos conduzem a pensar na punição como resposta ideal ao crime, afinal vivemos em uma coletividade Estatal e não tribal. Giamberardino, em sentido oposto, ressaltou que a quantidade abstrata de pena não é um critério adequado para filtrar a admissibilidade das práticas restaurativas, pois direcionar a aplicação destas em circunstâncias de crimes teoricamente menos graves, ou sem violência

⁸⁵² SILVEIRA, Felipe Lazzari da; SILVA, David Leal da. Tempo, discronia e processo penal: uma revisão democrática... Op. cit., p. 150.

⁸⁵³ ANDRADE, Vera Regina Pereira de (org). **Pilotando a Justiça Restaurativa...** Op. cit., p. 146.

⁸⁵⁴ ANDRADE, Vera Regina Pereira de (org). **Pilotando a Justiça Restaurativa...** Op. cit., p. 147.

⁸⁵⁵ CUNNEEN, Chris; HOYLE, Carolyn. **Debating Restorative Justice...** Op. cit., p. 42-44, 47.

é somente uma opção de política criminal conservadora, política esta que tende a expandir o controle estatal sobre a vida privada e, quando houver, comunitária⁸⁵⁶.

Essa opção restritiva, além de marginalizar a JR e castrar seu potencial em casos nos quais ela efetivamente poderia demonstrar seu poder transformador, desrespeita a autonomia da vítima, seus familiares e do responsável pela ofensa de poderem escolher uma via de justiça que lhes faça mais sentido e lhes permita construir onde o poder punitivo tende a destruir. É justamente em crimes mais graves e traumáticos que as necessidades da vítima demandam maior atenção e expressão. São estes crimes que afetam drasticamente os vínculos relacionais e a sensação de segurança, demandando respostas e explicações da sociedade. Portanto, ante a pobreza comunicativa do processo penal e a limitação dos espaços que ele confere à vítima, é salutar a que a JR se apresente como uma alternativa a ser pensada também para a criminalidade comum (para além dos crimes de menor potencial ofensivo).

Não superar esse mito arriscará a consolidação das práticas restaurativas como uma opção marginal e complementar ao sistema punitivo, que abrangerá um público que tradicionalmente não seria criminalizado⁸⁵⁷. Essa opção apenas respaldaria o sistema penal como meio adequado para responder à criminalidade grave e de maior relevância social, fortalecendo sua legitimidade perante a população e favorecendo a ampliação do controle estatal.

Caberia, portanto, aos protagonistas, somado a uma análise prévia quanto à segurança do encontro e à clareza dos convidados da função do espaço restaurativo, definirem como se sentem para aderir, ou não, aos programas. Reconhecer esse direito de escolha é uma forma de prestigiar a autonomia. Vedações normativas *a priori*, sem a análise do caso concreto ou consulta às partes de fato, castram a possibilidade de restauração de vínculos e a chance dos envolvidos obterem respostas, esclarecimentos e ressignificarem e usarem o crime como um gatilho de transformação. Para contribuir com essas transformações restaurativa e aumentar a segurança desses encontros, caso o programa conte com o apoio de equipes multidisciplinares, é importante que psicólogos e assistentes sociais possam prestar apoio aos participantes e facilitadores antes, após e durante as práticas restaurativa, se necessário.

⁸⁵⁶ GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Crítica da Pena e Justiça Restaurativa...** Op. cit., p. 209.

⁸⁵⁷ ANDRADE, Vera Regina Pereira de (org). **Pilotando a Justiça Restaurativa...** Op. cit., p. 151.

O mito da restrição das práticas restaurativas a ferramentas de resolução de conflito⁸⁵⁸ também abordado como um desafio a ser superado para a construção de uma JR brasileira de ampla incidência. Ao nosso ver, esse mito é fruto do protagonismo judicial em relação à institucionalização da JR, e ele provoca essa associação restritiva da JR em relação a técnicas autocompositivas. Observa-se que a função clássica do Poder Judiciário diz respeito ao gerenciamento de conflitos juridicamente relevantes por meio da efetivação processual da lei. Trata-se do acerto do caso penal, partindo da significação jurídica do conflito humano e da simbolização deste por meio do confronto jurídico entre operadores do direito. Evidentemente, em uma instituição regida pelo princípio da inércia e pela produção verticalizada de respostas definitivas (coisa julgada) a JR seria direcionada à fundamentação do uso de técnicas alternativas de gestão de conflitos.

A expansão da JR, para além da reprodução da clássica função jurisdicional, pode permitir a superação do mito em pauta. Em cidades como Ponta Grossa (PR) e Caxias do Sul (RS) essa superação foi possível quando os representantes dos programas deixaram o fórum e foram dialogar com outras instituições públicas e privadas, formando redes de apoio para contribuir com a missão de promover a paz social, que não se restringe ao conteúdo jurídico. Nessas cidades, a JR passou a transitar pelas instituições de ensino e pelo poder executivo, tornando-se uma verdadeira política pública.

Essa função de criar redes, diga-se de passagem, vincula-se mais com a incumbência constitucional do MP, enquanto guardião da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 129 da Constituição), do que com a função do judiciário. Trabalhar com práticas restaurativas é abrir espaço ao cidadão para decidir e construir junto com o poder público, o que tem como premissa a efetivação substancial do regime democrático.

A atuação do MP, em pleno século XXI, não pode mais ser concebida unidimensionalmente pela via da judicialização. À luz de uma política de incentivo à autocomposição (Resolução nº 118 de 2014 do CNMP), a instituição pode adotar um perfil mais resolutivo (Recomendação nº 54 do CNMP), priorizando a atuação restaurativa sobre a produção verticalizada de respostas. Tal conduta promoveria a aproximação de um modelo de transformação dos conflitos que propicia o fortalecimento de uma cultura democrática e o compartilhamento de responsabilidades com os cidadãos, buscando-se a

⁸⁵⁸ ANDRADE, Vera Regina Pereira de (org). **Pilotando a Justiça Restaurativa...** Op. cit., p. 149.

consolidação de relacionamentos saudáveis entre as pessoas, o respeito aos direitos e uma convivência harmônica⁸⁵⁹.

Para atingir essa finalidade, é fundamental a troca de lentes do universo jurídico por uma visão multidimensional do conflito e do ser humano, uma visão que considere aspectos práticos da vida relacional cotidiana. Assim, investir na JR é colaborar com o desenvolvimento gradativo de uma Cultura de Paz e de diálogo entre os brasileiros, possibilitando que os cidadãos tenham voz, vez e responsabilidade com os conflitos em que se envolvem. Essa escolha pode ser mais ou menos efetiva a depender da criação de redes de integração entre o poder público e a coletividade, o que pode ser feito por meio de abordagens dialógicas e pelo desenvolvimento de iniciativas aplicáveis em realidades específicas. Dessa forma, os cidadãos podem se (re)conceber enquanto sujeitos autônomos e agentes de mudança para transformar uma cultura estatal-paternalista em uma mentalidade que valoriza o compartilhamento de poder e de responsabilidade junto ao Estado⁸⁶⁰.

Com essa linha de entendimento a Resolução nº 118 de 2014 do CNMP, adotou a perspectiva de que o acesso à justiça abrange a possibilidade e disponibilidade de meios autocompositivos para abordar conflitos e preservar direitos. Nesse mesmo sentido, em 2017, o CNMP expediu a Recomendação nº 54, dispondo sobre a Política de Fomento à Atuação Resolutiva no MP, o que conferiu mais força à mitigação da intransigibilidade de direitos em favor do uso de abordagens extrajudiciais e dialógicas⁸⁶¹.

Os Ministérios Públicos Estaduais, pela sua vinculação com o sistema de justiça, já estão inseridos nos movimentos restaurativos, mas sua missão constitucional abarca tarefas atreladas ao enriquecimento da democracia e ao fomento da justiça social. Dessa forma, a superação do mito da restrição da JR à resolução de conflitos dialoga com a ampliação das ações restaurativas para formar e fortalecer redes de trabalho com as diversas instituições do serviço público, a fim de tornar o movimento restaurativista o mais integrado e inclusivo possível⁸⁶². Pouco adianta para a superação da violência estrutural, por exemplo, se as práticas restaurativas apostarem somente no resgate da importância da vítima e na sensibilização e reprovação do autor da ofensa, se ambos não podem receber o apoio institucional necessário para superar os efeitos negativos da violência, da desigualdade e da

⁸⁵⁹ ESTADO DO PARANÁ. **Apostila Introdutória**: Curso de Formação Inicial de Facilitadores em Círculos Restaurativos. Curitiba: MPPR, Núcleo de Prática e Incentivo à Autocomposição, 2019, p. 7.

⁸⁶⁰ ESTADO DO PARANÁ. **Apostila Introdutória**... Op. cit., p. 7.

⁸⁶¹ ESTADO DO PARANÁ. **Apostila Introdutória**... Op. cit., p. 8.

⁸⁶² ESTADO DO PARANÁ. **Apostila de Aprofundamento**: Curso de Formação Inicial de Facilitadores em Círculos Restaurativos. Curitiba: MPPR, Núcleo de Prática e Incentivo à Autocomposição, 2020, p. 6.

segregação social. Nesse sentido os serviços de saúde, assistência social e psicológica, se mostram fundamentais.

Outro mito não explicitamente referenciado no relatório, é o da associação das práticas restaurativas com o abrandamento da punição. Não é incomum, para quem lida com essas práticas, ouvir pessoas que tratam a JR como um “passar a mão na cabeça do criminoso” ou “ignorar o sofrimento da vítima”. Esse estigma se faz presente pela ignorância do que consiste o trabalho restaurativo e pela força da cultura punitivista que reduz o cogitar das possibilidades de resposta ao crime à prisão. Para superar isso cabem esclarecimentos voltados à coletividade, tanto em relação à operacionalização das práticas restaurativas, quanto no que toca aos seus princípios e finalidades.

A construção da resposta restaurativa ao caso penal depende do consenso entre vítima, autor da ofensa e subsidiariamente dos familiares dessa sobre o resultado final das práticas restaurativas. O peso do ônus a ser suportado pelo responsável pela ofensa, além de ser pactuado com a vítima e seus apoiadores, é apenas a expressão formal da censura expressada por meio do diálogo durante o encontro. O fato disso não resultar em uma prisão, para além dos argumentos referentes aos malefícios dela, remete à questão técnica de que somente pode ser submetido à pena o condenado por sentença penal transitada em julgado após a realização do devido processo legal.

Portanto, as práticas restaurativas não podem usurpar a função imediata do processo, pois apenas ele é juridicamente apto a viabilizar o acerto do caso penal. Elas podem servir, então, como uma alternativa voluntária ao procedimento penal, cujo eventual resultado poderá culminar, na ótica aqui defendida, na abstenção da persecução penal (e consequente aplicação eventual da pena) em decorrência da sua desnecessidade fática e jurídica, como será explicado no próximo item.

Em se tratando da necessidade de aprofundamento em relação aos princípios da JR, isso diz respeito não apenas à leitura de normativas como resoluções da ONU, do CNMP e do CNJ, mas também ao entendimento dos pressupostos comunitários que influenciam a JR e a distinção relativa aos modelos ideais purista e maximalista. Talvez o primeiro ponto seja evitar que a linguagem “juridiquês” se entranhe no vocabulário associado às práticas restaurativas. Tornar a linguagem mais acessível permitirá que as práticas e seus escopos sejam melhor compreendidos tanto pela população quanto por pessoas que não pertençam ao campo do direito. Do contrário, algo que pode ser compartilhado e construído democraticamente, se tornará propriedade particular dos operadores do direito,

encaminhando-se para um novo sequestro institucional do conflito envernizado com um discurso de fraternidade.

A codificação jurídico-linguística da JR é uma consequência da sua aproximação com o plano estatal, porém, como lembrado no relatório “Pilotando a Justiça Restaurativa” a mudança dessa linguagem e construção de uma linguagem própria e acessível para as práticas restaurativas tem um importante valor simbólico e possibilita a instituição de um código de comunicação alinhado com a mudança de paradigma que se pretende concretizar⁸⁶³. Partindo dessa premissa, é imprescindível separar as duas racionalidades: restaurativista e processual e mapear as devidas analogias a fim de que o diálogo entre ambos seja possível sem uma intoxicação mútua para além do estritamente necessário à implementação de um modelo restaurativo coerente com seus ideais.

É importante ficar claro, por exemplo, que a prática restaurativa é análoga ao processo, que a reprovação pela censura e a reparação são análogas à punição, que o conflito é análogo ao caso penal, e essas analogias são feitas para facilitar o entendimento de uma via e da outra, pois, na prática, elas são conduzidas de maneiras diferentes e produzem resultados diferentes. Fundamental também que a diferença de enfoques procedimentais, entre as práticas e o processo, assim como os ônus e possíveis bônus de cada via, sejam evidenciados para assegurar escolhas conscientes pelos cidadãos pela JR. Não parece possível que o sujeito faça uma escolha consciente se não sabe, por exemplo, que as práticas restaurativas priorizam o aspecto relacional e a dimensão histórica e material dos atores envolvidos no conflito, enquanto o processo se preocupa com a preservação de garantias procedimentais e com a mera aplicação da lei penal. Como a pessoa poderá ter uma decisão informada se não sabe que as práticas demandam a sua participação ativa e o processo requer apenas alguns esclarecimentos, sem dar-lhe espaço para intervir na decisão final? Ainda, como o indivíduo compreenderá tudo isso, se a linguagem adotada for a língua dos fóruns, feita para deixá-lo em um estado de letargia delegatória e para centralizar o poder?

Este trabalho, por exemplo, foi escrito recorrendo em grande parte à linguagem jurídica, primeiro porque minha formação profissional foi na área do direito e segundo porque a pesquisa propõe pontes operacionais e jurídicas entre as práticas restaurativas o processo penal e a responsabilização. Quantas vezes, por exemplo, não utilizei o termo “caso penal” para designar o conflito humano? Esse trânsito entre diferentes objetos de

⁸⁶³ ANDRADE, Vera Regina Pereira de (org). **Pilotando a Justiça Restaurativa...** Op. cit., p. 165.

pesquisa não é um exercício fácil, mas é necessário se o objetivo for refletir sobre as bases para a construção de um modelo restaurativo de justiça coerente com o ordenamento, com as realidades brasileiras e que seja, ao mesmo tempo, inclusivo e integrador.

Para que os cidadãos atuem com responsabilidade em relação aos conflitos penais precisam de poder para assumir essas responsabilidades e transformar seus conflitos. Talvez por isso o termo “empoderamento” esteja tão presente no vocabulário da JR, e talvez essa tarefa de empoderamento, se necessária, poderia ser feita por uma rede de apoio vinculada aos programas restaurativos, e não somente pela atividade dialógica dos facilitadores.

A ampliação da acessibilidade da linguagem democratiza a JR não apenas em relação aos cidadãos, mas também em relação aos facilitadores que podem ser formados. Questões simples com substituir “urbanidade” por “respeito”, “confidencialidade” por “sigilo” ou “segredo”, “voluntariedade” por “vontade”, são passos que parecem banais mais contribuem para adequar a JR ao contexto plural brasileiro, e não o inverso.

Outro termo que merece a devida atenção e que significa coisas diferentes para o processo e para as práticas é o “ofensor”. Em primeiro lugar, em termos jurídico-processuais, para um sujeito ser considerado ofensor ele deve ter sido condenado penalmente por decisão transitada em julgado. Em segundo, considerando as normas já tratadas, o sujeito, para participar de uma prática restaurativa, teria que apresentar um relato fático cuja essência corresponda ao relato da vítima e, se é o caso, ele reconhece a sua autoria, ainda que isso não tenha efeitos no âmbito jurídico.

Tendo isso em conta, juntamente ao diálogo entre JR e sistema penal, não parece que o termo “ofensor” possa ser utilizado sem causar eventuais confusões no campo jurídico. Nas práticas restaurativas o sujeito não será réu nem investigado, pois elas não correspondem ao processo ou a uma investigação. Da mesma forma, é necessário deixar claro a existência do dever que o sujeito tem em relação ao ofendido, mas como fazer essa alteração de vocabulário? Quem sabe isso seja melhor significado durante as práticas e os termos “conflitantes”, “envolvidos” ou “protagonistas” sejam mais adequados para remeter, em abstrato, ao ofensor e à vítima. Tudo isso em atenção ao que esses conceitos também significam na esfera penal, com a qual a JR dialoga.

Além disso, seria salutar que o modelo principiológico adotado se aproxime tanto quanto possível da linha purista, pois o maximalismo, em prol de ampliar a incidência da JR, arrisca diminuir o seu potencial transformador e torná-la uma ferramenta alternativa para punir. Embora admita a gradação restaurativa, o maximalismo contenta-se com a

reparação, simbólica ou material como elemento qualificador da JR. Algumas variantes desse modelo possibilitam que a sanção restaurativa e a coerção sejam utilizadas como meios para incitar a reparação.

Na essência, o maximalismo apregoa que, para atingir o máximo número possível de pessoas e casos, a JR precisa se vincular também ao sistema de justiça, enquanto o purismo defende um afastamento estrutural entre as instituições responsáveis pela JR e pelo sistema de justiça, priorizando uma atuação alternativa ou complementar, desde que a JR seja independente. O purismo ideal, inclusive pela própria conformação da institucionalização da JR no Brasil, não parece ser possível sem uma desconstrução de tudo que já foi feito. Considerando ainda que demais instituições como o MP e a polícia já sinalizam a intenção de se apropriar de práticas restaurativas como meios alternativos de gestão de conflitos, o purismo ideal fica ainda mais distante.

Resta então a preservação dos princípios e a clareza de que processo e práticas restaurativas podem caminhar paralelamente e na linha da alternatividade, sob pena de contaminação mútua. O fato de existirem órgãos independentes e destinados somente à autocomposição nas instituições do sistema de justiça favorece um meio termo e a criação de uma cultura específica dentro desses órgãos especiais. Mesmo que o órgão esteja inserido na instituição, a prática é realizada por pessoas direcionadas especificamente para tanto, o que mitiga a “atuação esquizofrenia” de colaboradores que ora intervém no processo jurídico e ora estão facilitando práticas restaurativas. Nesse sentido, as atividades restaurativas no sistema de justiça podem ser centralizadas nos Núcleos de Prática e Incentivo à Autocomposição (NUPIA) ou Núcleos Permanentes de Incentivo à Autocomposição (NUPA) do Ministério Público e nos Centros de Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC) no Judiciário.

O problema principal sobre essa última possibilidade toca principalmente a realidade do MP, no qual instauração da via autocompositiva é recente e isso implica em carência de recursos que viabilizem a centralização supracitada em órgãos específicos. Diferentemente dos CEJUSC's, os núcleos do MP possuem um escopo mais orientador e fomentador do que executivo, ao menos por hora. Em razão disso, a criação de fluxos perenes relativos ao envio de casos por parte de promotorias a esses núcleos dependeria de uma vasta estrutura que hoje não existe na maioria dos estados.

Da mesma forma, não há órgãos específicos para tanto em todas as regiões do país, embora a demanda por autocomposição exista e os órgãos ministeriais e jurisdicionais já sejam dotados de independência funcional para desenvolver seus próprios programas.

Portanto, no presente momento de estruturação e ampliação, especialmente da parte do MP, a extensão da via restaurativa dependerá da atuação esparsa e complementar dos órgãos do sistema justiça, como promotorias, cuja função primária é a atuação e encaminhamento pela via procedimental convencional.

Uma diretriz que favorece a atuação autocompositiva pelos próprios órgão do sistema de justiça, sem mitigar a imparcialidade ou o princípio do sigilo, é que aquele o qual atuou como facilitador no caso não poderá intervir ou atuar procedimentalmente como técnico no mesmo caso, independentemente da facilitação ter ocorrido em uma etapa pré-procedimental. Além disso, as diretrizes de operacionalização autocompositiva do órgão, respeitadas as peculiaridades da sua realidade, precisam obedecer a macro critérios estabelecidos pelos núcleos de gestão da política de incentivo à autocomposição, a fim de haver solidez e possibilidade de se medir a qualidade dos programas por meio de critérios pré-determinados.

Por um lado, essa pulverização dos focos restaurativos permite maior adaptabilidade dos programas, mas por outros incorre no risco da falta de sistematização e aumento da mútua influência entre a via autocompositiva e a procedimental. Para o cidadão isso ficará ainda mais estranho, pois o mesmo lugar em que realiza audiências formais será o espaço do diálogo. Nesse aspecto, é importante que haja uma separação clara entre o espaço restaurativo e o procedimental, embora eles se comuniquem. A ausência de confusão entre as propostas e espaços é importante para propiciar, inclusive, a autonomia da JR.

Sobre tal ponto, enquanto uma linha mestra do purismo, a voluntariedade da participação seria uma diretriz de todos os programas restaurativos, em respeito ao princípio da não-dominação, à liberdade de escolha e autonomia dos sujeitos e em decorrência de um critério lógico relativo ao fato de que não se pode obrigar as pessoas a dialogarem sem comprometer a própria natureza do diálogo. Como se isso não bastasse, no Brasil “ninguém pode fazer, ou deixar de fazer algo em virtude de lei” (art. 5º, inciso II, da Constituição da República), logo ninguém pode ser obrigado a participar de uma prática restaurativa ou a reparar o dano de um crime sem o devido processo legal. Em outras palavras, ninguém pode ser penalizado se não desejar participar de um programa restaurativo. Esses são alguns motivos técnico-jurídicos que apontam no sentido de que práticas restaurativas dependem do consenso dos envolvidos no conflito para serem realizadas.

Enquanto o purismo aposta no encontro, na voluntariedade nas consequências transformativas que a interação dialógica produzirá na realidade material, o maximalismo

aposta principalmente na substituição da pena pela reparação, o que, mesmo com o argumento de expansão restaurativa a longo prazo, parece mais combater um sintoma das causas vinculadas à violência estrutural. Além disso, para assegurar o cumprimento das “sanções restaurativas”, que são um indevida interferência da aplicação da perspectiva civilista à seara penal, o modelo maximalista, ao menos no Brasil, passa a depender da intervenção legislativa para concretizar o seu escopo. A variável da necessidade de novas leis, todavia, não atrapalha a institucionalização de um modelo com premissas mais puristas, ainda que as práticas estejam em inevitável contato com o sistema de justiça.

A linha purista respeita a sua autonomia dos sujeitos e admite que as práticas não precisem ser funcionalmente vinculadas ao judiciário. Calcado na espontaneidade, tal modelo não promete produzir circunstâncias jurídicas mais favoráveis aos ofensores, imputados, ou pessoas em vias de imputação criminal, pois para ele isso é uma consequência eventual, afinal, seu intento é oferecer outra experiência vivencial de justiça, de construção de sentido e de elaboração de uma reação ao conflito qualificado como caso penal. Por isso o purismo defende a participação voluntária como pilar e a articulação de espaços seguros e democráticos de reflexão como formas de consolidar encontros que tenham maior potencial de serem restaurativos e não somente indenizatórios.

Diferentemente do maximalismo, cuja medida de sucesso é a expansão da JR de cunho reparativo no sistema judicial, o purismo entende que o êxito da experiência restaurativa se dá com a autenticidade do encontro entre os protagonistas e na ressignificação do conflito como algo que afeta relacionalmente a todos, gerando responsabilidades. Logicamente é mais difícil descrever objetivamente a autenticidade de um encontro do que mensurar uma indenização, ou prestação de serviço, porém a impressão dos envolvidos quanto à mudança de sua perspectiva pode ser verificada por meio de entrevistas e aplicação de questionários. O projeto de expansão do modelo purista não é falir a justiça penal, ou criar uma sociedade sem conflitos, mas oportunizar às pessoas a chance de transformar seus conflitos, demonstrando que há outras maneiras, construtivas e dialógicas, de lidar com ele para além do sistema penal.

Ao não depender de leis que provavelmente marginalizariam à JR a casos menos graves (considerando o forte conservadorismo do Congresso), o purismo, é um caminho que mitiga os riscos de instrumentalização gerencial da JR pelo poder punitivo, ressignificando a abordagem institucional em relação aos atos criminosos sem se restringir a arranjos limitados a maneira de punir, como propõe o maximalismo. O maximalismo, mira a conter a violência pela superação da pena o purismo, ao seu turno, apregoa uma

nova forma de se vivenciar, casuisticamente, a justiça, a cidadania e a democracia, tudo isso a partir do respeito à autonomia do sujeito e do compromisso de respeitar a preservação dos princípios fundamentais da JR.

Ao analisar as formas de articulação da JR com o sistema de justiça criminal, Pallamolla, a partir das análises de Mylene Jaccoud, pontou que enquanto o purismo, por ser centrado no processo, dependeria da justiça criminal para abastecer seus casos, o modelo maximalista, focado nos resultados não seria capaz de desconstruir a racionalidade tradicional por já estaria inserido em sua lógica punitiva⁸⁶⁴. De fato, certamente por um período significativo, o modelo purista permaneceria dependente da existência da justiça penal para poder abarcar um número significativo de casos, especialmente considerando sua diretriz de voluntariedade. Todavia, a mesma aposta de desconstrução gradativa da lógica punitivista pelo maximalismo, vale para o purismo e parece ser ainda mais coerente com este modelo, pois ele efetivamente propicia reflexões e tensionamentos em relação à função real da punição na sociedade.

Entre o um modelo de sistema justiça criminal totalmente restaurativo, um modelo de alternatividade ou provisão integrada e um modelo de complementariedade orientado à unificação⁸⁶⁵, o investimento em alternatividade parece ser a via possível mais cautelosa no Brasil, afinal, o primeiro modelo está muito distante em termos fáticos, culturais e jurídicos e o terceiro aumenta as chances de cooptação institucional da JR para ampliar o controle social punitivo ou mesmo da sua marginalização. Com a alternatividade as políticas de JR podem manter uma autonomia operacional, uma maior independência de fundamentos e, ainda, considerando que serão guiadas por órgãos e pessoas direcionadas a essa função, tem maior potencial para expandir a partir da exploração de novos caminhos e aplicação em novos casos.

A preservação da independência e cisão entre racionalidade punitivista e restaurativa, além da profunda compreensão dos princípios e fundamentos da JR pelos operadores dos seus programas, pode assumir uma nova dimensão a partir, por exemplo, do diálogo e da formação de parcerias entre esses programas com as universidades. Essa troca é mutuamente benéfica, tanto para a academia, que precisa estudar empiricamente a JR, quanto para as instituições do sistema de justiça, que precisam estabelecer critérios sólidos e avaliações coerentes de seus programas para evitar a reprodução de violências. Esse

⁸⁶⁴ PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça Restaurativa: da teoria à prática**. São Paulo: IBCCRIM, 2009, p. 83.

⁸⁶⁵ PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça Restaurativa...** Op. cit., p. 85.

movimento está alinhado à lógica de criação de redes, essencial para a consolidação de um modelo restaurativo de justiça. De um lado, alguns acadêmicos descerão de suas torres de marfim, propondo-se a enfrentar problemas vislumbrados na prática pelos operadores dos programas e, por outro, estes terão a oportunidade de acessar conhecimentos teóricos e considerar as variáveis sistêmicas, vislumbrando eventuais incoerências entre os princípios e seus programas.

Trata-se de uma chance de aprendizado e da soma de esforços para a criação de uma linguagem que permita uma compreensão mútua e uma compreensão de ambas pelo cidadão. Veja-se o esforço que a academia, repleta de formalidades e afastada da “sujeira” da linha de frente, terá de fazer para evoluir e efetivamente participar dessa construção em conjunto com as instituições. Ao mesmo tempo, haverá um significativo esforço, de humildade inclusive, para que os programas possam confrontar seus ideais com os impactos negativos e incoerência eventualmente produzidos. Trata-se de um passo a mais para consolidar a democratização da JR e aperfeiçoar tantos os programas existentes quanto o desenvolvimento teórico de uma JR autenticamente brasileiro. As próprias universidades podem colaborar com a formação teórica e reflexiva dos facilitadores que atuarão na prática, possibilitando a imersão de seus estudantes na prática restaurativa por meio dos núcleos de prática jurídica, por exemplo.

Passa-se então ao terceiro ponto fundamental da análise, que é a descoberta do potencial democrático e inclusivo da JR enquanto, simultaneamente, meio para construção de resposta ao crime e política pública. Sobre isso, tomar como referência experiências relativas as ditas “cidades restaurativas” e núcleos de justiça comunitária que adquiriram certa autonomia pode ser importante para o estabelecimento de ideais a serem atingidos. A democratização de uma cultura restaurativa em um país notoriamente dividido por uma série de barreiras de acessibilidade, referenciais de mundo e preconceitos parece depender então da criação de espaços coletivos de significação dessa própria cultura.

Considerando que a JR brasileira está sendo construída de cima para baixo, um dos principais desafios operacionais do momento é o desenvolvimento da horizontalidade e levar essa discussão à população, aos almoços de domingo, às rádios e aos meios de comunicação nos quais tanto se fala do assunto crime e repressão. Um dos irradiadores institucionais mais fortes da cultura restaurativa tendem a ser, por exemplo, as escolas. Lá é possível, principalmente na modalidade circular, debater temas como “crime”, “conflito”, relacionamentos e democracia deste cedo, o que permite a inclusão de novas perspectivas a serem consideradas pelas gerações futuras. Disso depende também o diálogo do sistema de

justiça e das universidades com as escolas e esse diálogo fica mais fácil quando o poder executivo e suas redes de proteção estão integrados com os programas e são incentivados a criarem seus próprios programas com auxílio dos operadores do sistema de justiça.

Da mesma maneira, considerando que os casos criminais abordados pelo MP e pelo judiciário são também reflexos de violências e segregações socioestruturais a serem enfrentadas tanto pelo executivo quanto pelo legislativo, a potencialização democrática da JR pode contar com o apoio dessas instituições como uma variável de extrema relevância. Para tanto, a expertise com relação a essas práticas pode ser levada à rede de proteção social do executivo, a conselhos tutelares, a fundações, a instituições de acolhimento e, principalmente, às escolas dando a oportunidade para o compartilhamento do saber, poder e responsabilidade pela construção de uma JR com vida autônoma, para além de alguns programas situados no MP e judiciário.

A mudança de paradigma, para ser coerente com os princípios da horizontalidade, pode se amparar na coparticipação interinstitucional e cidadã. As capacitações abertas ao público, a possibilidade de discussão em audiências públicas da assimilação da JR como política e a democratização dos espaços para que pessoas de diferentes realidades, credos e cores possam participar desse movimento, é o que o enriquecerá e evidenciará a complexa distopia em que vivemos quando a realidade é contrastada com o programa constitucional brasileiro. Essa aproximação causada pela JR, mesmo que para além da seara penal, pode legitimar o seu maior avanço rumo à seara penal, uma vez que a JR convida as pessoas a repensarem o exercício da responsabilidade cívica, a noção de comunidade, de pertencimento e a violência enquanto um fenômeno histórico e cultural.

As parcerias entre rede de proteção e sistemas de justiça podem também colaborar para suprir as carências de recursos humanos e viabilizar apoio o multidisciplinar que vem a ser indispensável para fins de evitar a revitimização e possibilitar a reintegração social dos protagonistas do conflito. Apesar disso, a JR não pode ser vista como um instrumento de prevenção criminal⁸⁶⁶, pois isso a aproxima de uma ótica utilitarista avessa ao princípio de justiça que, a nosso ver, fundamenta a censura propiciada por suas práticas. Os participantes da prática são fins em si mesmas e assim devem ser tratados. Desse respeito poderá emergir a inspiração e a segurança que viabilizarão uma autêntica experiência de alteridade no âmbito das práticas.

⁸⁶⁶ ANDRADE, Vera Regina Pereira de (org). **Pilotando a Justiça Restaurativa...** Op. cit., p. 166.

A experiência mostra ainda que a implementação de programas restaurativos passa por uma série de desafios para além dos entraves jurídicos e, igualmente nesse ponto, o apoio do executivo pode ser valioso. Um dos problemas identificados no relatório “Pilotando a Justiça Restaurativa” foi que a baixa participação das vítimas estaria vinculada, dentre outros fatores, à baixa acessibilidade dos centros de JR. Se a maioria dos envolvidos em casos penais são pessoas de classes sociais menos abastadas, o custo de deslocamento dessas pessoas para os grandes centros, onde usualmente estão localizados os órgãos do sistema de justiça, é um ônus a ser levado em conta no momento de aderir e continuar aderindo ao programa⁸⁶⁷. Da mesma forma, a participação poderia, na medida do possível, ocorrer em horários de atendimentos que não prejudiquem eventual atividade laboral do sujeito.

Nessas duas situações, aventa-se o auxílio da rede pública, enquanto parceira, para a concessão de passagens de transporte público destinada a suprir o custo de deslocamento e, ainda, de declarações explicativas para os empregadores dos participantes, respeitado a privacidade destes, acerca do programa. A ampla divulgação da JR nos meios de comunicação e pelo serviço público, ao seu turno, já contribuem para que os empregadores reconheçam a importância da participação do sujeito no programa.

Quanto à comunicação e convites, é importante que essas sejam as mais pessoais possíveis a fim de oferecer segurança e viabilizar a retirada de dúvidas pelo participante. Para tanto, o contato telefônico mostra-se mais apropriado do que o envio de notificações e cartas-convite, que teriam caráter subsidiário.

O sistema de convites, direcionados primeiro aos supostos ofensores e, com a anuência destes, posteriormente, aos supostos ofendidos (ou família destes), evita a revitimização e respeita a autonomia dos sujeitos. O enfoque na voluntariedade por parte dos facilitadores, desde essa fase de convites, preserva a coerência da JR com o respeito à autonomia e possibilita sua implementação independentemente da promulgação de lei específica para tanto. Quando alguém se nega a participar ou a consentir com a proposta de outrem já no âmbito das práticas, a teoria do encontro não considera isso uma falha, mas uma demonstração de que o participante se sentiu confortável para exercer sua autonomia. Sobre tal tema, chama a atenção o risco da pressão pela participação acaso um sistema quantitativo de metas seja imposto aos facilitadores. Por isso, os critérios de avaliação da atividade de facilitação são mais adequados na medida em que adotam um perfil voltado à

⁸⁶⁷ ANDRADE, Vera Regina Pereira de (org). **Pilotando a Justiça Restaurativa...** Op. cit., p. 166.

análise da qualidade procedimental. Isso contribui inclusive para a avaliação da formação continuada do facilitador, dando-lhe um referencial da sua atuação e não dos resultados das práticas, que dependem, ou deveriam depender, principalmente da disposição dos participantes.

Na linha do relatório mencionado, cada programa poderia contar com a formação de um banco de dados que auxiliasse na sua auto avaliação. Tais bancos seriam norteados por indicadores que considerariam a complexidade e o caráter multidimensional da JR. Assim, o relatório dividiu esses indicadores em: **(i)** estruturais, referentes os mecanismos institucionais necessários para a realização dos programas; **(ii)** processuais, relativos aos mecanismos adotados para avaliar a concretização das metas do programa e **(iii)** de resultado, os quais remeteriam às conquistas do programa e refletiriam seus impactos na vida das pessoas. No próprio relatório, entretanto, é feita a ressalva de que a adoção de indicadores quantitativos implica na ambiguidade de aprisionar as histórias vivenciadas nos programas, bem como a riqueza que trazem, em dados frios, mas o caminho inverso seria renunciar à possibilidade de compreensão objetiva dessas histórias em termos macroestruturais. Os indicadores, portanto, deverão ser multifacetados e precisarão retratar diversos aspectos da realidade⁸⁶⁸, além de considerar as peculiaridades do público-alvo do programa, os critérios de triagem utilizados e, ainda, a metodologia vinculada à prática selecionada.

Mais especificamente sobre os casos penais, é importante lembrar que uma parcela significativa dos supostos ofensores que pode ser convidada a participar em práticas restaurativas está presa preventivamente. Atentando-se a isso, é inegável reconhecer que os estabelecimentos de prisão provisória não são espaços adequados para a realização de práticas restaurativas e, portanto, havendo autorização para a escolta do preso até um núcleo ou centro de práticas restaurativas, isso pode ser realizado, mas com um custo significativo ante a necessidade de escolta policial e de medidas para dificultar a fuga. É importante também refletir se o policial participaria das práticas e, assim sendo, o quanto isso seria prejudicial ao seu bom andamento. Ele esperaria na sala de fora ou ficaria na condição de observador? O suposto ofensor estaria algemado durante a condução das práticas? São questionamentos relevantes e que merecem a devida ponderação, caso contrário, a saída simples seria a exclusão da população presa provisoriamente do âmbito de incidência da JR, o que parece violar o princípio da isonomia.

⁸⁶⁸ ANDRADE, Vera Regina Pereira de (org). **Pilotando a Justiça Restaurativa...** Op. cit., p. 170-175.

A possibilidade da criação de uma central específica e adaptada para tal público poderia ser uma saída, mas certamente a presença das autoridades policiais mitigaria o *animus* a espontaneidade e horizontalidade das práticas restaurativas. Novamente, a estruturação de programas e abordagens nesse sentido depende de uma atuação conjunta com o poder executivo, podendo ser respaldada pelo legislativo, como ocorreu com a promulgação de leis em Caxias do Sul (RS) e Ponta Grossa (PR) que trataram de uma política municipal integrada de JR.

Outro problema oriundo dessa questão é: como um preso provisório poderá cumprir com medidas reparatórias à vítima e à comunidade? Seria possível pensar em uma indenização, uma retratação, ou mesmo um compromisso no caso de eventual soltura, mas isto esbarra na também no problema de contaminação das práticas pela lógica da premiação. Talvez a tentativa de promover práticas nesse sentido favoreça a revisão de prisões preventivas, efetivamente desnecessárias, em prol da adoção de medidas mais construtivas.

No que diz respeito à fiscalização dos termos de acordos firmados, a primeira fiscalização ocorrerá pelos próprios participantes, que ponderarão a proporcionalidade e razoabilidade dos termos e verificarão se concordam com eles. Obviamente o poder de negociação do suposto ofensor tende a ser menor, visto que é ele quem está em vias de ser processado e/ou de sofrer uma condenação. Clarificados os termos, os facilitadores validarão novamente com os participantes a viabilidade de efetivação do acordado e a anuência deles com os compromissos, ponderações que ainda não adentraram no aspecto jurídico. A segunda fiscalização, nos termos do §3º do art. 8º da Resolução nº 225 de 2016 do CNJ, é feita pelo MP, que emitirá parecer acerca da proporcionalidade dos termos acordados e do respeito às cláusulas à dignidade e demais direitos fundamentais dos participantes⁸⁶⁹. Em relação às práticas realizadas no âmbito do judiciário, e sobre isso trataremos no próximo item, depois de ouvido o MP, a terceira fiscalização é feita pelo juiz e se baseia nos critérios anteriores, verificando-se o respeito das cláusulas à dignidade dos participantes⁸⁷⁰, mas a avaliação terá cunho essencialmente jurídico. Tudo isso sem prejuízo da fiscalização feita pelos advogados ou defensores dos envolvidos no conflito.

⁸⁶⁹ Art. 8 “(...) § 3º. Ao final da sessão restaurativa, caso não seja necessário designar outra sessão, poderá ser assinado acordo que, após ouvido o Ministério Público, será homologado pelo magistrado responsável, preenchidos os requisitos legais”. Em: BRASIL. **Resolução nº 225, de 31 de maio de 2016**... Op. cit.

⁸⁷⁰ art. 2º(...) “§ 5º O acordo decorrente do procedimento restaurativo deve ser formulado a partir da livre atuação e expressão da vontade de todos os participantes, e os seus termos, aceitos voluntariamente, conterão obrigações razoáveis e proporcionais, que respeitem a dignidade de todos os envolvidos”. Em: BRASIL. **Resolução nº 225, de 31 de maio de 2016**... Op. cit.

No que diz respeito à fiscalização da execução do acordo, esta pode ser feita informalmente pelos apoiadores e protagonistas que têm a possibilidade de informar às autoridades. Conscientes de que isso poderia expor os próprios participantes a represálias e riscos, é também prudente que a fiscalização seja certa e encampada pelo Estado, podendo-se partilhar o ônus da prestação de contas com o autor da ofensa. Nesse aspecto, técnicos do executivo, como a rede de proteção, ou técnicos do sistema de justiça que não estejam atuando como facilitadores no caso poderão contribuir com a fiscalização direta do acordo.

Apenas a título de consideração, a natureza jurídica do consenso materialmente documentado nas práticas restaurativas seria a de título executivo, judicial se homologado por um juiz, ou extrajudicial se não. Com relação à exequibilidade, supondo eventual descumprimento, seria possível que a vítima ou os apoiadores interessados demandassem judicialmente contra o autor da ofensa para fins de cumprimento do acordo. Nesse aspecto, o descumprimento comprovado e injustificado findaria a possibilidade de eventuais benefícios que o agente poderia adquirir processualmente e ainda, em respeito ao tempo da vítima e demais envolvidos, arriscaria ser executado na seara civil. A previsão de multas e direito a perdas e danos pode constar no acordo restaurativo e deve ser devidamente explicado ao agente, sendo-lhe assegurado o direito de consultar com um advogado ou defensor.

Encaminhando-se para o final deste subcapítulo, importante ter-se em mente que esse compartilhamento de responsabilidades apregoado pela JR em relação ao crime, na perspectiva de potencialização democrática desta, não exclui a responsabilidade do Estado para com os seus cidadãos. Assim sendo, a utilização da via restaurativa como um caminho que potencializa a acessibilidade de direitos é algo a ser priorizado, especialmente levando-se em conta a rede integrada que se pode criar a partir dela. Veja-se que o apoio multidisciplinar pode favorecer o encaminhamento dos envolvidos no caso penal para a rede de apoio, seja psicológico, seja de assistência social, seja referente ao atendimento de saúde.

Os convênios entre o poder executivo com programas restaurativos, ou mesmo a execução desses programas pelo próprio poder executivo tornaria viável a criação de fluxos para facilitar a reintegração social dos envolvidos no conflito e assegurar o respeito aos seus direitos fundamentais. Essa é uma das várias maneiras do Estado fortalecer a aptidão transformativa dos programas restaurativos e reparar suas omissões no que diz respeito à acessibilidade de direitos fundamentais.

As práticas restaurativas, ao oportunizarem a expressão e apoio dos envolvidos no caso penal, aumentam os campos de compreensão da situação, podendo fazê-lo por vias múltiplas, e dessa maneira colaborando para a remediação das possíveis causas e consequências da prática delitiva que colaboraram para a opção feita pelo autor da ofensa. A JR, portanto, não pode ser usada como uma alternativa de culpabilização e responsabilização única do autor da ofensa, pois isso seria ignorar toda a complexidade da sociedade brasileira e seu contexto de exclusão. Tampouco essas práticas restaurativas podem ser tratadas como benefícios, como a suspensão condicional do processo ou o ANPP. Elas são oportunidades de reação dialógica ao crime, que dependem da adesão dos protagonistas e da viabilidade de realização a partir da análise de critérios objetivos de triagem.

Tem-se em mãos uma chance de construir um modelo restaurativo propriamente brasileiro, um que contribua, enquanto via prioritária (quando possível), para frear o poder punitivo e resgatar o projeto inclusivo e dialógico previsto na Constituição Cidadã. Nem exatamente purista, pois conta com o sistema de justiça, e nem maximalista, pois observará os princípios da voluntariedade e priorizará a qualidade das interações, com um enfoque prioritário sobre as necessidades da vítima. Essa coerência e integração entre diversos atores públicos e privados pode ser a marca do restaurativismo brasileiro, mirando à construção de pontes entre realidades tão distantes e, ao mesmo tempo, criando um lugar de pertença comum em que os cidadãos sintam-se convidados a contribuir como apoiadores, como voluntários, como fiscais informais de acordos, e como multiplicadores das práticas em conjunto com as instituições.

O crime, antes associado à lesão normativa, poderá ser socialmente ressignificado como uma lesão a pessoas e relacionamentos, que gera obrigações de responsabilização e reparação. E o diálogo, como instrumento por excelência das práticas restaurativas, poderá colocar em contato realidades e linguagens distintas, permitindo uma alteridade construtiva ao passo que o apoio e acolhimento por técnicos e facilitadores estariam ao alcance dos participantes. Tem-se aí uma possível narrativa, carregada de esperança e pretensões de desconstrução, a partir da qual se pode pensar em construir um modelo restaurativo de justiça com os brasileiros, e não para os brasileiros.

Tudo isso custa, e custa em dimensões que ainda não podem ser mensuradas por este trabalho, mas a estrutura para a realização de muitas das aventadas ações já existe. Resta iniciar os passos para uma integração interinstitucional e também entre o Estado e seus cidadãos, a fim de que se construa uma política criminal voltada ao respeito do

princípio da *ultima ratio*, da intervenção mínima e do compartilhamento de responsabilidades entre plano institucional e população. Como pano de fundo de tudo isso, tem-se então o projeto constitucional da inclusão, mas não uma inclusão reificadora e forçada, e sim aquela que respeita a autodeterminação do sujeito. Remete-se aqui a uma inclusão baseada na compreensão do cidadão enquanto um fim em si mesmo e na criação de condições para o exercício autonomia e da responsabilidade pelo trabalho conjunto do indivíduo com seus apoiadores, com os facilitadores e com a rede de apoio disponível.

Considerando a incompatibilidade procedimental entre as práticas restaurativas e o processo penal, especialmente pelos seus escopos imediatos e pela forma e racionalidade de cada um, explorar-se-á nos próximos subcapítulos possíveis caminhos jurídicos para operacionalizar o diálogo entre a JR e a seara penal no âmbito pré-processual e processual penal, dando primazia ao modelo de alternatividade. Tais reflexões são importantes para fins de se verificar a extensão de um modelo restaurativo de justiça adequado às características e limites impostos pelo ordenamento jurídico pátrio.

4.2 Práticas restaurativas e alternatividade na seara pré-processual penal: um exercício de ressignificação do caso penal e dos limites da intervenção penal

Ao dissertar sobre a oportunidade e a obrigatoriedade, Giacomolli afirmou que, tendo o processo o objetivo de manter a paz jurídica, este não rejeitaria mecanismos de consenso como vias alternativas de condução de casos penais, pois a paz jurídica poderia ser atingida por meio de tais mecanismos⁸⁷¹. Nessa linha, continuou o autor, se o órgão acusador, ao deixar de exercitar a persecução penal, não afeta as principais conquistas da civilização, sob uma ótica garantista, quando o poder de disposição estiver previsto em lei, não há desrespeito ao ordenamento jurídico. Introduzidas tais ponderações, cabem duas considerações nucleares para este tópico.

Primeira, ainda que a tramitação e resultados de um processo penal possam comprometer o que foi atingido em sede de práticas restaurativas realizadas previamente a ele, o objetivo da JR tendencialmente purista não é acabar com o sistema penal. Assim sendo, servir de alternativa à propositura da ação penal não é um problema para o purismo restaurativo, pois sua pretensão, antes de qualquer coisa, é propiciar uma experiência restaurativa às partes de fato e não produzir efeitos jurídicos em um sentido ou outro.

⁸⁷¹ GIACOMOLLI, Nereu José. **Legalidade, Oportunidade e Consenso no Processo Penal...** Op. cit. p. 99.

Segunda, pensando em termos práticos e nos efeitos negativos do processo penal e da pena, uma solução jurídica viável para evitar a propositura da ação penal, com base nos resultados alcançados pelas práticas restaurativas, não está, a nosso ver, na negação do princípio da obrigatoriedade, mas na vedação normativa de exercício da persecução penal por falta de justa causa (art. 395, inciso III, do CPP). O debate, portanto, desloca-se para a significação da justa causa e a ressignificação do caso penal em termos relacionais, que é justamente um princípio filosófico fundante da JR, como abordado no final do Capítulo III.

Rememorando as conclusões do Capítulo II (item 2.5), o processo seria dotado de uma instrumentalidade constitucional que, para além de assegurar as garantias constitucionais de contenção de arbitrariedades, deve levar em conta o respeito a outros direitos fundamentais que são naturalmente maculados quando da submissão do sujeito à persecução penal e à punição. Esse último aspecto da instrumentalidade constitucional é extraído do princípio da *ultima ratio*, de contenção da violência e expressado, inclusive, no preâmbulo da constituição quando a fraternidade, a harmonia social e a priorização das soluções pacíficas de controvérsias são exaltadas como compromissos da República Federativa do Brasil.

Tal princípio, ao seu turno, atentando-se à violência concreta produzida pelo poder punitivo, merece ser interpretado não somente como um vetor ao legislador penal, mas igualmente como um freio adicional aplicado pelo sistema de justiça quando outras formas, menos violentas de se atingir a finalidade e respeitar os fundamentos da punição sejam aplicáveis no caso em concreto. Isso não corresponde a um descumprimento à lei e tampouco é antidemocrático, pois não haveria como o legislador cogitar toda a situação em que os meios alternativos à punição seriam aplicáveis. Não seria possível, portanto, que o legislador elencasse, em pormenor, as circunstâncias para aferir a justa causa na persecução penal de uma conduta em virtude das peculiaridades e repercussões de cada caso específico. Em razão disso, a justa causa, conceito não delimitado pela lei, nem mesmo no projeto de CPP da Lei nº 8.045 de 2010, permite ao MP e ao judiciário, ao realizar o exame de admissibilidade da denúncia, verificar se o exercício da persecução penal na situação concreta está respeitando o princípio do uso da punição como último recurso.

Tal concepção é também extraída da conexão instrumental do processo com a pena, que, enquanto possível resultado processual, fornece sentido à forma e à razão de ser do processo penal como tal: acusatório, contraditório, pautado na presunção de inocência e na tipicidade dos atos processuais. As garantias processuais e a referida tipicidade existem para conter arbitrariedades, permitindo que o processo opere efetivamente como um filtro à

potencial violência da punição. Não obstante, na legislação reconhece o próprio processo como uma violência *per se*, tanto é que esse só poderá existir quando, além das condições de legitimidade, tipicidade aparente e punibilidade concreta, houver “justa causa”. Assim sendo, levando em conta a conexão instrumental do processo com a pena, da qual se pode extrair o motivo existencial do processo, tem-se que, para além do lastro probatório mínimo, a justa causa para o exercício da persecução penal estaria, por uma dedução lógica dessa conexão, vinculada ao fundamento e à finalidade da punição.

No Capítulo II extraiu-se, a partir, principalmente, das reflexões de Duff, Giamberardino, Hart, Boonin e Roxin, que o princípio retributivo oferece um fundamento mais adequado para impedir o exercício arbitrário da punição sobre o cidadão. Tal fundamento consiste na necessidade de censurar ou reprovar, proporcionalmente, o autor do ato criminoso porque ele (i) violou, direta ou indiretamente, os direitos de outro ser humano e (ii) maculou, conseqüentemente, valores que viabilizam uma convivência harmônica, pacífica e inclusiva, supostamente expressados na norma.

Desse fundamento extrai-se a finalidade imediata da punição, que corresponde a comunicar ao autor da ofensa, à vítima e à coletividade a reprovabilidade e inadmissibilidade do ato cometido. Ato contínuo, deduzindo-se essa finalidade imediata, encontra-se a finalidade última da punição que, ao expressar a reprovação da conduta praticada, tem como fito ressaltar um padrão de comportamento que viabilize uma convivência social harmônica e pacífica, adequando, assim, várias expectativas e desejos individuais a um referencial comum que possibilita a coesão social.

Percebe-se então que a imposição intencional de dor, que qualifica a censura como punição (pena), é dispensável se há outros meios menos traumáticos de expressar a reprovabilidade da ofensa e cumprir com os fundamento e finalidades supracitados, especialmente em atenção ao princípio da *ultima ratio*, aplicável casuisticamente. Sendo assim, ainda que se vislumbre tipicidade aparente, punibilidade concreta e indícios de autoria e materialidade do ato criminoso na situação específica, se as práticas restaurativas promoverem a responsabilização do autor da ofensa por meio comunicação da censura, se viabilizarem a reparação do dano e contribuirão para a consolidação da paz social a partir da experiência dialógica e do cumprimento do acordo restaurativo, não haveria justa causa para a persecução penal, pois a punição se tornaria desnecessária.

Portanto, a concretização de um modelo restaurativo de justiça que opere como uma alternativa construtiva e inclusiva ao processo penal e à pena seria possível na seara pré-processual penal se os resultados das práticas restaurativas realizadas viabilizarem a: (i)

comunicação da censura ao autor do ato cometido; **(ii)** a reparação ou minimização do dano causado pela conduta do protagonista ofensor à vítima e à coletividade, e **(iii)** a tomada de medidas pelos envolvidos e pelo Estado que possibilitem a reintegração social do autor da ofensa e da vítima em prol de restaurar a harmonia relacional e a sensação de segurança maculadas pela prática delitiva.

Portanto, é relevante que cada um desses elementos seja aferido no caso em concreto por indicadores objetivos, reconhecendo-se, evidentemente, a pertinência da crítica referente ao risco de configuração de que um sistema de alternatividade restaurativo/punição, pode ser compreendido, em abstrato, como algo premial ao suposto autor da ofensa. Em relação a esta ressalva, que geralmente é feita por críticos que nunca participaram de práticas restaurativas, tem-se que a dinâmica interativa das práticas viabiliza ao protagonista tido como causador do dano uma oportunidade de compreender as dimensões negativas de seus atos na vida e relacionamentos de terceiros e, conseqüentemente, sensibilizar-se com isso. Essa é, por exemplo, a teoria de Braithwaite denominada de “vergonha reintegradora”. Mas vamos supor que isso não aconteça, que o ofensor não se sensibilize, isso, se percebido, terá um impacto nas questões relacionais das próprias práticas, de modo que a vítima poderia manifestar a vontade de abdicar do processo restaurativo, ou mesmo pleitear, com os representantes da comunidade, no momento de celebração do acordo, prestações mais severas para explicitar concretamente a reprovabilidade do ato cometido.

É certo que a JR aposta no potencial empático do ser humano, entretanto, a empatia nem sempre acontece. Mesmo em círculos, conferências e mediações o sujeito pode criar mecanismos de neutralização para não aceitar sua responsabilidade, pode culpar o sistema, pode até culpar a própria vítima, pode não sentir nenhum remorso. Cabe aos facilitadores identificarem, com auxílio de equipes multidisciplinares, se essas variáveis estão violentando a vítima ou tornando o processo aflitivo para o próprio ofensor. Nessas circunstâncias, é possível que os próprios facilitadores indaguem aos presentes ou sugiram a suspensão da prática quando os próprios participantes não fizerem. Independentemente disso, é possível que, objetivamente, as práticas tragam benefícios tanto procedimentais quanto de resultado para casos do gênero.

Ainda que o protagonista não vitimado deixe de manifestar remorso, a mensagem da reprovabilidade de seu ato está dada, a vítima tornou sua experiência um objeto de narrativa e pode, inclusive por conhecer um pouco mais de quem a violentou, ressignificar o crime sofrido, tendo o apoio de terceiros. Poder-se-ia dizer que, em casos como estes, a pena seria

mais adequada por reforçar o medo e o superego do autor da ofensa em razão da associação da dor com a infração, o que, nessa linha, seria muito mais efetivo que a “justiça materna” e acolhedora que a JR representa. Isso parece ir de encontro com as evidências empíricas com relação às próprias características das práticas restaurativas e aos malefícios e custos do sistema penal.

Primeiro, enquanto o processo afasta o autor da ofensa das consequências de seus atos, as práticas os aproximam. Segundo, de acordo com o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea) o índice de reincidência no Brasil em 2012, calculado com base na definição legal⁸⁷² foi em torno de 24,4%, número esse que é muito mais amplo quando considerado o trânsito dos presos provisórios que vão e voltam para os estabelecimentos penais mesmos sem terem sido condenados, o que impulsionaria esse percentual para mais próximo dos famosos “70%” usualmente referenciado pela mídia⁸⁷³. Terceiro, a referida tese parte do modelo de que o sujeito é um criminoso compulsivo e que seu desenvolvimento cognitivo e assimilação de abstração valorativa é tão infantil que apenas a punição pode possibilitar a construção de um autocontrole. São premissas como essa que favorecem o direito penal do terror e respaldam a manutenção de um sistema prisional que, todos os dias, reproduz violações a direitos fundamentais. Assim sendo esse argumento parece não bastar para desconstituir iniciativas restaurativas, especialmente quando essa não se propõe a substituir completamente o sistema penal e sim freá-lo.

Outro fator, derivado da possibilidade da vítima se manifestar por não participar da prática ou, durante a construção, do acordo, sugerir o aumento do ônus das prestações a serem assumidas pelo outro protagonista, remete à apropriação da vítima da chave para o exercício da persecução penal, como se a JR transformasse todas as ações públicas incondicionadas em condicionadas. Em outras palavras, há quem diga que considerar a vontade da vítima como variável de manutenção da alternatividade de modelos de justiça (restaurativo e penal) é transformar o sistema penal em uma instância de vingança. Tal linha demanda cautela quanto a um suposto favorecimento, pela via restaurativa, da instrumentalização do processo como ferramenta de vingança e do forçar o autor da ofensa a simplesmente anuir com as demandas da vítima em relação ao acordo, mesmo que os termos deste sejam desproporcionais.

⁸⁷² “Art. 64 - Para efeito de reincidência: I - não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação; II - não se consideram os crimes militares próprios e políticos”. Em: BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940...** Op. cit.

⁸⁷³ TARDÁGUILA, Cristina. **A reincidência atinge mais de 70% no Brasil?**... Op. cit.

Em relação ao uso das práticas como instrumentalização vingativa do poder punitivo, relembra-se que o diálogo entre JR e sistema penal requer a preservação da base principiológica de ambos. Nessa linha, a crítica a essa instrumentalização é acompanhada pelo argumento de violação ao princípio da isonomia, pois cada investigado ou réu poderá ou não auferir benefícios processuais a depender da adesão da vítima, que se estende desde o convite à participação do programa até a homologação do acordo (vide o art. 2º, §2º, da Resolução nº 225 de 2016 do CNJ)⁸⁷⁴. Quanto a isso, considerando a natureza casuística da JR, tem-se que cada vítima lesada possui uma identidade única e é afetada singularmente pela experiência do crime, de modo que as consequências do ato ofensivo englobam também o fato do autor ter lesado uma pessoa mais empática, mais complacente, mais vingativa, mais traumatizável, etc. Portanto, a isonomia pura, atentando-se a essas variáveis, é respeitada a partir do cumprimento da voluntariedade, pois cada crime é um crime e cada vítima é uma vítima.

Ademais, mesmo a não adesão da vítima ou a sua desistência no meio do procedimento restaurativo, não implica na punição do suposto ofensor, afinal ele contará com todas as garantias processuais ao ser processado. Relembra-se que as práticas restaurativas são uma alternativa primeiro ao processo e não à punição, logo, se elas não resultarem em consenso, ou não ocorrerem por falta de voluntariedade, faz-se necessário o processo para a realização do acerto no caso penal.

Como se isso não bastasse, a diretriz vigente no Brasil, por força da Resolução nº 225 de 2016 do CNJ é que a participação do suposto ofensor nas práticas restaurativas não implica, juridicamente, em admissão de culpa (vide art. 2º, §1º), ainda que ele tenha que reconhecer a autoria uma vez que a essência de seu relato não pode divergir da vítima (vide art. 2º, §1º). Além disso, a mera participação do autor da ofensa nas práticas restaurativas, mesmo que não até o final e mesmo se a vítima desistir no meio, apenas pode ser interpretada favoravelmente a ele no caso de uma condenação. Isso porque, creio ser relevante como política de gestão dos programas restaurativos, que os motivos específicos referentes à desvinculação do caso do programa não sejam encaminhados ao sistema de justiça, constando em documento oficial apenas a não adesão ou desistência, ou a recomendação de desvinculação pelos facilitadores acaso os participantes estejam

⁸⁷⁴ “§ 2º É condição fundamental para que ocorra a prática restaurativa, o prévio consentimento, livre e espontâneo, de todos os seus participantes, assegurada a retratação a qualquer tempo, até a homologação do procedimento restaurativo”. Em: BRASIL. **Resolução nº 225, de 31 de maio de 2016...** Op. cit.

utilizando o espaço restaurativo para promoverem agressões e violências (nesse caso, o ato tem que ser motivado).

Com relação aos termos do acordo, o princípio balizador deste é a reparação, e esta pressupõe a proporcionalidade, algo que o facilitador deve lembrar aos participantes. Segundo, as práticas restaurativas, por não corresponderem ao processo, não possuem o condão para realizarem subsidiariamente o acerto do caso penal. Assim, as prestações assumidas pelo protagonista ofensor e direcionadas à comunidade, por exemplo, não podem equivaler temporalmente ao *quantum* das penas em abstrato, mas tê-lo como referência limitadora a depender do que os participantes acordem entre si. Ainda, tem-se que esse acordo sofrerá uma fiscalização *a posteriori* pelos defensores, pelo MP e, possivelmente, pelo juiz de garantias, o que trataremos ainda neste subcapítulo.

Com relação aos critérios necessários para se aferir a ausência da justa causa decorrente das consequências das práticas restaurativas, tem-se que a comunicação da censura ao autor da ofensa deve ser verificada objetivamente: **(i)** pela sua participação na prática restaurativa e assinatura em listas de presença, uma vez que mais de um encontro pode ser necessário em casos penais, seja para preparo e, posteriormente, para definição de eventuais termos de consenso; **(ii)** pelos termos constantes no acordo restaurativo, que podem apontar as responsabilidades determinadas ao protagonista ofensor como forma de reparar os efeitos negativos do crime.

Sobre a reparação ou minimização do dano causado pela conduta do protagonista ofensor à vítima e à coletividade, os critérios utilizados para a aferição do cumprimento deste aspecto são: **(i)** participação de pessoas indiretamente afetadas pela ofensa na prática restaurativa, quando possível; **(ii)** delimitação, objetiva, nos termos do acordo restaurativo, das consequências negativas da conduta a serem reparadas ou minimizadas por parte do autor da ofensa; **(iii)** descrição objetiva de eventuais limitações do autor da ofensa para reparar integralmente os danos; **(iv)** descrição das prestações a serem realizadas pelo ofensor com os respectivos prazos tidos como razoáveis para tanto, seja em benefício da vítima, seja em benefício da coletividade, por meio, por exemplo, de serviço comunitário ou alguma ação beneficente; **(v)** fiscalização do cumprimento do acordo e sua certificação, ou não, a partir de diligências de técnicos da rede de proteção do poder executivo, ou técnicos do sistema de justiça quando não existam convênios nesse sentido.

Em se tratando da tomada de medidas pelos participantes das práticas restaurativas e pelo Estado, na linha de promover a reintegração social do autor da ofensa e da vítima para restaurar a harmonia relacional e a sensação de segurança maculadas pela prática delitiva,

pode-se controlar essa variável por meio dos seguintes critérios: **(i)** conclusões, constantes nos próprios termos de acordo, acerca da necessidade de encaminhamento dos protagonistas para algum apoio psicológico, tratamento em casos, por exemplo, de desintoxicação por vício em entorpecentes, e assistência social, na circunstância, por exemplo, do desemprego ser compreendido pelos envolvidos como algo que favoreceu a prática delitiva; **(ii)** encaminhamento efetivo dos envolvidos a esses programas, cujo comprovante de atendimento seria anexado aos documentos que atestem o cumprimento do acordo.

Com relação ao momento pré-processual mais oportuno para a realização de convites aos potenciais participantes no programa restaurativo, tem-se que ele seria após a verificação sobre a existência de indícios de autoria e materialidade do delito por parte do procedimento investigativo. Mais precisamente, após o recebimento dos autos de inquérito pelo MP. Nesse sentido, considerando os prazos constantes no art. 46 do CPP⁸⁷⁵, que são impróprios, mas, se desrespeitados, abrem a possibilidade de oferecimento de ação penal privada subsidiária, o MP poderá encaminhar o caso ao programa correspondente para que se analise a viabilidade de participação dos envolvidos nas práticas.

Respeitando o prazo prescricional, considerando que não foi previsto legalmente que as práticas restaurativas suspendem tal prazo, o programa estipulará um cronograma básico de início e final das intervenções restaurativas, sem, contudo, se olvidar da necessária preparação para o encontro em relação aos envolvidos e sem pressioná-los. Trata-se de uma diretriz para afinar o diálogo entre JR e sistema penal.

Outro fator fundamental, considerando que o novo artigo 28 do CPP reduz a controle do arquivamento das investigações somente ao MP, é que a política institucional do MP deve estar afinada com essa perspectiva de alternatividade entre JR e persecução penal. Explico, supondo que haja um promotor entusiasta, que leve a cabo todo o programa restaurativo, mas, no momento de homologar o decreto de arquivamento, a Procuradoria-Geral, ou melhor, a “instância de revisão” não concorda com a razão de arquivamento pautada na alternatividade restaurativa. Então não haverá alternatividade. Talvez uma saída

⁸⁷⁵ “art. 46. O prazo para oferecimento da denúncia, estando o réu preso, será de 5 dias, contado da data em que o órgão do Ministério Público receber os autos do inquérito policial, e de 15 dias, se o réu estiver solto ou afiançado. No último caso, se houver devolução do inquérito à autoridade policial (art. 16), contar-se-á o prazo da data em que o órgão do Ministério Público receber novamente os autos. § 1º Quando o Ministério Público dispensar o inquérito policial, o prazo para o oferecimento da denúncia contar-se-á da data em que tiver recebido as peças de informações ou a representação § 2º O prazo para o aditamento da queixa será de 3 dias, contado da data em que o órgão do Ministério Público receber os autos, e, se este não se pronunciar dentro do tríduo, entender-se-á que não tem o que aditar, prosseguindo-se nos demais termos do processo”. Em: BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941...** Op. cit.

vinculativa para tanto seja: **(i)** a homologação do acordo restaurativo pelo promotor competente, **(ii)** a homologação do acordo pelo órgão revisional competente, **(iii)** a previsão expressa no acordo de que seu cumprimento integral, nos termos e prazos estipulados, acarretará no arquivamento das investigações por falta de justa causa. Seja como for, a consolidação desse modelo de alternatividade pré-processual depende da integração institucional do MP em torno do restaurativismo, o que iria ao encontro de uma efetiva Política de Incentivo à Autocomposição, conforme apregoa a Resolução nº 118 de 2014 do CNMP.

Além disso, é interessante pensar se o juiz de garantias teria algum tipo de participação na homologação do acordo. Embora o novo art. 28, *caput*, tenha retirado a parte antiga que demandava a homologação do juiz como substitutivo prévia à homologação do decreto de arquivamento pelo Procurador-Geral do MP, no art. 28-A, que trata do ANPP, os parágrafos §4º, §5º e §6º, dispõem sobre a validade desta depender da homologação judicial pelo juiz de garantias (considerando que se está em uma fase pré-processual). Embora o percurso desenhado anteriormente, que demanda apenas a homologação do MP, seja juridicamente viável, ele não está alinhado com a racionalidade do ANPP, ante a variável de exclusão da fiscalização judicial no primeiro caminho.

Pois bem, sabe-se que o ANPP é um negócio jurídico entre acusação e investigado, muito diferente de um acordo restaurativo celebrado entre vítima e suposto ofensor com a participação de terceiros. O ANPP resulta da via “consensual da barganha”, em uma perspectiva negocial adversarial, e o acordo restaurativo resulta da via “consensual restaurativa”. Ambos, entretanto, e na ótica ora apresentada, servem como materializações documentais de prestações que, se cumpridas, freiam o poder punitivo por vias diversas.

O ANPP cumprido e homologado judicialmente extingue a punibilidade, impossibilitando a persecução penal em razão da inexistência da condição da ação: punibilidade concreta (vide §13º do art. 28-A do CPP⁸⁷⁶). O acordo restaurativo, cumprido e homologado pelo MP, inviabiliza a persecução penal por falta de justa causa. A superação desse aparente problema parece então residir na compreensão de que, mesmo sem a presença da intervenção judicial para fins de arquivamento das investigações, por que há intervenção para homologação do ANPP?

A resposta, a nosso ver, é composta de duas partes: **(i)** porque a negociação dos termos do ANPP foi feita entre acusação e investigado e cabe ao juiz de garantias assegurar

⁸⁷⁶ “Art. 28-A (...) § 13. Cumprido integralmente o acordo de não persecução penal, o juízo competente decretará a extinção de punibilidade. Em: BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941... Op. cit.

que os direitos desse são respeitados pelo resultado dessa negociação; e (ii) as medidas estipuladas para o cumprimento do ANPP são legislativamente consideradas como equivalentes à pena, mais especificamente, à pena restritiva de direitos, de tal forma que a homologação judicial (por ser a jurisdição o único poder apto a decretar a punição) faz-se imprescindível.

No caso do acordo restaurativo, não temos o elemento do item “i”, porém por uma interpretação análoga e extensiva da lei processo, admitida pelo art. 3º do CPP⁸⁷⁷, pode-se dizer que o elemento do item “ii” se faz presente, seja porque, como no ANPP, a reparação à vítima faz parte do acordo assim como pode fazer o serviço comunitário.

Há que se tomar um cuidado imprescindível para diferenciar ambos os institutos, e por isso que, se a referida interpretação extensiva for seguida pelas instituições, este deve ser o seu limite, caso contrário não há alternatividade nenhuma para além da inserção das práticas restaurativas no âmbito dos termos do ANPP, como o permite o inciso V do art. 28-A, *caput*, do CPP⁸⁷⁸. Admitir isso é marginalizar o restaurativismo a crimes menos graves e sucumbi-lo aos riscos já tratados anteriormente. Apesar de ser uma clara abertura legal para a realização de práticas restaurativas como alternativa à persecução penal, trata-se de um modelo muito mais limitado que o apregoadado neste trabalho.

Em termos jurídico-doutrinários, não considero as prestações cumpridas pelo suposto autor da ofensa como penas alternativas, justamente pelo fato de carecerem do caráter de afluência necessário para consolidá-las enquanto punições e porque, formalmente, apenas a condenação transitada em julgada pode determinar uma pena. No entanto, por uma questão de coerência sistêmica com a racionalidade que provavelmente norteou a determinação de homologação judicial no caso no ANPP, e por incentivar a integração interinstitucional em torno da JR na seara pré-processual, reconheço que a homologação do juiz de garantias no acordo restaurativo pode ser, enfim, uma diretriz a ser seguida, mesmo que complique os fluxos para o fechamento da situação. Tal questão ainda merece maior reflexão.

⁸⁷⁷ “Art. 3º A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito”. Em BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941...** Op. cit.

⁸⁷⁸ “Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente: (...) V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada. Em BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941...** Op. cit.

Em respeito ao princípio da confidencialidade, portanto, o único contato que os agentes do sistema de justiça devem ter com as práticas restaurativas se resume à análise dos termos do acordo e, se necessário, da averiguação da autenticidade do consenso entre os envolvidos ou sugestões de modificação nos termos acordados (o que demandaria uma reunião entre esses agentes e os protagonistas). Nesse último aspecto, a assinatura do defensor do investigado para homologação do acordo, também é fundamental, pois evidencia que ele teve assistência jurídica após a celebração desse.

Ainda, em caso do descumprimento do acordo, como já apontado, este poderá ser executado na seara cível pela vítima e interessados e o protagonista-ofensor poderá ser processado penalmente ante a necessidade de reprovação de sua conduta e da prova de que as práticas não foram suficientes para desconfigurar a justa causa da persecução. Essa alternatividade arrisca criar um modelo restaurativo dependente do sistema penal, o que, consequentemente, legitima e perpetua a sua existência em vez de promover a sua eventual abolição no futuro. Fato é que, na atual conjuntura cultural e normativa, entende-se que as reflexões mais funcionais são aquelas que podem efetivamente frear o *jus puniendi* e permitir o florescimento da JR no Brasil de hoje, caso contrário arrisca-se apenas fornecer mais desenhos de utopia enquanto a violência real do sistema penal é perpetuada.

Em se tratando da audiência de custódia, embora haja quem defenda este momento como propício para o convite do custodiado para integrar programas restaurativos⁸⁷⁹, tem-se que o contato entre protagonista ofensor e figuras de autoridade que realizam o convite compromete o consenso em termos de adesão. Com a abertura do espaço na audiência para que a introdução ao programa, ou uma pré-autocomposição, por facilitadores, seja realizada com esse ofensor durante a audiência, talvez seja mais apropriado do que se o juiz conduzir tal questão. Ainda assim, o clima formal e de animosidade do local de realização da audiência, não favorece o ambiente restaurativo que se pretende criar mesmo durante a pré-autocomposição.

Encaminhando-se para o final deste subitem, resumida e brevemente, apresenta-se como um exemplo concreto da via de alternatividade pré-processual entre as práticas restaurativas e o procedimento penal para além do rito sumaríssimo, o projeto “Família Restaurativa” promovido pelo Núcleo de Prática e Incentivo à Autocomposição do Ministério Público do Estado do Paraná (NUPIA-MPPR) em parceria com 1ª Promotoria de

⁸⁷⁹ SILVA, Jullieth Kellyn. A audiência de custódia como instrumento de justiça restaurativa. **Lex Magister**, 2017. Disponível em: https://lex.com.br/doutrina_27729390_A_AUDIENCIA_DE_CUSTODIA_COMO_INSTRUMENTO_DE_JUSTICA_RESTAURATIVA.aspx. Acesso em 08 de fev. de 2020.

Justiça de Infrações Penais Contra a Criança, o Adolescente e o Idoso de Curitiba (1ª PJICAI) com o apoio do setor de psicologia do Núcleo de Apoio Técnico Especializado (NATE) do Centro de Apoio Técnico à Execução (CAEX) do MPPR.

A proposta do projeto consistiu em no uso de círculos restaurativos para lidar com conflitos familiares que resultaram em agressões leves, normalmente de caráter episódico/circunstancial, contra crianças e adolescentes sob o pretexto disciplinar ou corretivo⁸⁸⁰. Tais condutas amoldam-se ao tipo do art. 129, §9º, do CP, sujeitas à perseguição mediante ação penal pública incondicionada, e neste formato convencional de resposta ao crime, a vítima participa apenas como objeto de extração probatória, sem qualquer protagonismo ou chance de expressar sentimentos, frustrações e desejos.

A proposta foi baseada em quatro hipóteses:

1ª) de que a punição penal pode causar efeitos disruptivos na vida das crianças e adolescentes com pouca chance de promover impactos positivos nos ambientes familiares (promoção de um ambiente de bem-estar e segurança). A questão é o predomínio do efeito punitivo sobre o pedagógico em relação aos adultos, pois este, apenas pela interferência do puro acaso, pode ter função preventiva e pacificadora, no sentido de resgatar os relacionamentos para propiciar uma convivência melhor que anteriormente; e isso não atende ao interesse da criança e do adolescente, pois são relações contínuas, não se rompem (ou não devem se romper) em razão do conflito, e para transformá-lo é preciso uma aproximação e maior conhecimento das causas e circunstâncias dos desentendimentos entre os envolvidos e seu entorno familiar;

2ª) a possibilidade de que, na maioria dos casos, os adultos que promoveram agressões também pudessem ter sido disciplinados da mesma forma na infância (com uso de violência), o que provocaria um efeito mimético para a censura de um filho e a necessidade deste ser tensionado pelo Estado a fim de se contribuir com a primazia de uma via dialógica e construtiva sobre a resposta punitiva;

3ª) uma intervenção restaurativa, baseada no comprometimento e na avaliação qualificada por psicólogos, dos impactos do projeto, poderia sensibilizar adultos e crianças acerca do problema envolvendo a violência e trabalhar o uso de formas dialógicas de gestão de conflitos, prevenindo assim uma espiral de violência;

4ª) a prática restaurativa de cunho reflexivo, aplicada como meio de formulação dialógica e democrática de soluções, poderia operar como alternativa ao processo penal, quando verificada a harmonização das condutas dos adultos em conformidade com o direito e com o melhor interesse da criança e do adolescente. Isso significa que se propiciaria um meio para que os envolvidos pudessem construir respostas alternativas ao caso penal, diferentes da pena. Além dos resultados práticos, o projeto seria uma oportunidade de inovar a hermenêutica jurídica no que diz respeito à releitura da justa causa, vinculada à *ultima ratio* e à preservação do melhor interesse da criança e do adolescente. As práticas

⁸⁸⁰ ESTADO DO PARANÁ. **Relatório dos facilitadores atuantes no projeto família restaurativa**. Curitiba: Núcleo de Prática e Incentivo à Autocomposição do MPPR, 2019, p. 1-5. Disponível em: http://www.site.mppr.mp.br/arquivos/Image/Nupia/relatorio_facilitadores_compressed_1.pdf. Acesso em 08 de fev. de 2020.

restaurativas poderiam, nessa perspectiva, ser uma alternativa ao processo, ainda que se tratasse de casos cuja ação penal é pública incondicionada⁸⁸¹.

Com relação às etapas do projeto-piloto, que se destinou à criação de fluxos restaurativos, e o atendimento o caráter multidisciplinar das intervenções, adequando-se o formato clássico de abordagem individual de casos para a abordagem coletiva, essas se encontram descritas no artigo “Descrição do Projeto-Piloto Família Restaurativa: Possibilidades, desafios e limites do uso de práticas restaurativas quando a violência contra a criança e o adolescente é utilizada sob o pretexto disciplinar”⁸⁸². Os resultados do projeto-

⁸⁸¹ ESTADO DO PARANÁ. **Relatório dos facilitadores atuantes no projeto família restaurativa...** Op. cit., p. 1-5.

⁸⁸² Transcrição da descrição das etapas: “(i) encaminhamento de casos ao NUPIA pela 1ª PJICAI (março de 2019); (ii) filtragem de casos pelo NUPIA (março de 2019) com base nos seguintes critérios: (a) compatibilidade do caso com o objeto do projeto, (b) reconhecimento da autoria da agressão pelo adulto e (c) continuidade de convivência do adulto investigado com a criança ou adolescente, mesmo que não necessariamente com o agredido; (iii) convites telefônicos e agendamento de pré-círculos (março e abril de 2019): feitos pelo NUPIA, primeiramente aos adultos investigados e então às crianças/adolescentes, na pessoa do adulto responsável por elas. (...); (iv) explanação do projeto aos convidados (pré-círculos) (abril e maio de 2019): o pré-círculo é realizado primeiramente com o adulto investigado, e posteriormente com a criança/adolescente e um(a) cuidador(a) (outro parente que não o autor do agressor e, não raro, o/a noticiante do fato), caso a criança/adolescente se sinta mais seguro. Os facilitadores se apresentam, ouvem o relato dos convidados, explicam a proposta, e então colhem a manifestação de adesão ou não adesão. Não havendo adesão do adulto, o caso é reencaminhado à Promotoria, ou se a criança/adolescente não desejar participar dos círculos com grupos de crianças/adolescentes, verifica-se ainda se há interesse em participar apenas do momento da entrega de proposta final (acordo); (v) entrevista com psicólogo (abril e maio de 2019): havendo adesão dos participantes, estes são encaminhados às entrevistas, que se prestam a verificar o impacto do projeto na percepção dos adultos e crianças acerca do uso da violência como ferramenta de disciplina e de educação, analisando-se aspectos da dinâmica de relacionamento, razão das entrevistas no começo e final da prática; (vi) palestras-híbridas (junho a agosto de 2019): usando como base as informações (confidenciais) colhidas no pré-círculo, os facilitadores organizam, aos adultos de 2 a 3 palestras híbridas, com práticas circulares restaurativas, sobre temas referentes ao impacto da violência como ferramenta disciplinar e sobre a cultura adultocêntrica e ferramentas dialógicas para a gestão de conflitos, permitindo-se o acréscimo de elementos novos aos participantes e assegurando que possam dar opiniões e partilhar histórias em face às questões abordadas. Ao final dos encontros (dois a três), os adultos elaboram documento do que pensam ser uma resposta adequada à situação. No caso das crianças/adolescentes, elas participam de até dois círculos de reflexão, para reflexão sobre o conflito, para refletir sobre seu papel na relação com os adultos e o que pensam ser uma resposta adequada ao caso; (vii) encontro entre adultos e adolescentes/crianças (setembro de 2019): todos os participantes do projeto se reunirão em círculo de reflexão para trocar propostas e, após discutirem sobre o conflito e ideias surgidas no decorrer das práticas, elaborarão proposta conjunta, (cada família) com período de prova até abril de 2020, a ser encaminhada ao órgão ministerial para análise. Sem a concordância do órgão, ou havendo necessidade de esclarecimentos, há previsão de que possam os envolvidos ser chamados a comparecer na promotoria, para complementação do termo; (viii) segunda entrevista com psicólogos (fevereiro a março de 2020) para apurar eventual mudança na percepção dos participantes ou da dinâmica familiar/relacionamento acerca do uso da violência como ferramenta para educar; (ix) envio de documentos à 1ª PJICAI (abril de 2020): os relatórios dos psicólogos e as propostas de resposta feitas pelos participantes seriam encaminhados à promotoria. A promotoria, após avaliar os documentos, poderá verificar a necessidade da persecução penal, utilizando como base a condição da justa causa interpretada a partir do princípio da ultima ratio da intervenção penal e do melhor interesse da criança, que, em conjunto com os elementos extraídos dos documentos, poderiam operar como razões a serem invocadas no intuito de respaldar um arquivamento (art. 28 do CPP), ou embasar as condições para uma suspensão condicional do processo, tudo de acordo com entendimentos prévios a respeito da condução das fases do projeto. Em: BONAVIDES, Samia Saad Gallotti; SILVA, Mário Edson Passerino Fischer da. **Descrição do Projeto-Piloto Família Restaurativa: Possibilidades, desafios e limites do uso de práticas restaurativas quando a violência contra a criança e o adolescente é utilizada sob o pretexto disciplinar**. Ponta Grossa: II Fórum de Métodos Consensuais

piloto até o momento e estatísticas referentes ao número de casos, desistências, não comparecimentos em círculos e celebração de acordos podem ser conferidos nas tabelas do relatório dos facilitadores constante na página do NUPIA-MPPR⁸⁸³.

A alusão a tal projeto foi feita a título meramente ilustrativo, sem a pretensão de sua descrição exaustiva, apenas para fins de atestar que iniciativas mais, ou menos semelhantes ao modelo de alternatividade pré-processual ora desenhado são passíveis de execução. Por fim, resta agora explorar as possibilidades das consequências jurídicas que as práticas restaurativas podem produzir quando da sua realização simultânea durante um processo penal já em curso.

4.3 As práticas restaurativas em atuação paralela com o processo penal: entre a possível perda superveniente de justa causa e os impactos em uma sentença condenatória

No relatório “Pilotando a Justiça Restaurativa”, além de ser recomendada a superação do princípio da indisponibilidade do processo penal, foi proposta a positivação de um prazo para a suspensão do processo convencional, considerando o prazo prescricional, a fim de que as práticas restaurativas pudessem operar como alternativas procedimentais ao processo penal já instaurado. Os motivos elencados para tanto foram evitar a duplicação de custos na condução de dois procedimentos para abordar um único caso penal e, ainda, evitar a dupla responsabilização ou punição (*bis in idem*) uma vez que o réu correria o risco de suportar uma condenação penal e prestações reparativas à vítima e à coletividade⁸⁸⁴.

Tais ponderações são pertinentes, pois a indisponibilidade do processo (arts. 42 e 576 do CPP⁸⁸⁵) opera como um impeditivo para que MP possa desistir de exercer a persecução penal mesmo se entender que os resultados das práticas restaurativas, no caso concreto, tornem a punição e, conseqüentemente, a própria persecução penal desnecessárias. Algo que colabora para esse fato é o entendimento de que a função processual imediata, de acerto do caso penal, diz respeito à verificação se as provas

de Solução de Conflitos e Direitos Humanos, 2019, p. 4-6. Disponível em: https://unisecal.edu.br/wp-content/uploads/2019/09/DESCRIPC%C3%87%C3%83O_DO_PROJETO-PILOTO_FAM%C3%8DLIA_RESTAURATIVA.pdf. Acesso em 08 de fev. de 2020.

⁸⁸³ ESTADO DO PARANÁ. **Relatório dos facilitadores atuantes no projeto família restaurativa...** Op. cit.

⁸⁸⁴ ANDRADE, Vera Regina Pereira de (org). **Pilotando a Justiça Restaurativa...** Op. cit., p. 167.

⁸⁸⁵ “art. 42. O Ministério Público não poderá desistir da ação penal; art. 576. O Ministério Público não poderá desistir de recurso que haja interposto”. Em BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941...** Op. cit.

apresentadas sob o crivo do contraditório permitem a aplicação de um tipo penal sobre a imputada ao acusado.

A própria noção majoritária de “justa causa” para o exercício da persecução penal está vinculada à ideia de lastro probatório mínimo. Se as provas nos autos forem lícitas e indicarem, para além de dúvida razoável, autoria do acusado em um crime materialmente comprovado, a perspectiva jurídica da maioria dos operadores do direito apontaria, e me parece com certa coerência técnica, para a impossibilidade de absolvição do acusado mesmo que, ao participar de um programa de JR, os melhores resultados possíveis tenham sido atingidos.

A título ilustrativo, em 2016 foi proferida decisão pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP), em caso de violência doméstica, no qual os julgadores concluíram pela impossibilidade de consenso posterior entre vítima e autor da agressão ser suficiente para impedir uma condenação pena. O principal fundamento para tanto foi que as provas apresentadas demonstravam a ocorrência da violência praticada. Além disso, apontou-se que “em se tratando da censura penal contra atos de violência doméstica contra a mulher, a JR não encontraria solo adequado de atuação”, tampouco seria relevante para a absolvição eventual “reate amoroso” pelos envolvidos”⁸⁸⁶. Sem adentrar nos complexos aspectos envolvendo o uso das práticas restaurativas em casos de violências doméstica, o que demandaria um trabalho voltado apenas para tal tema⁸⁸⁷, observa-se que a lógica adotada pela decisão encontra amparo técnico no aspecto do enfoque procedimental do processo (punir ações identificadas como crime) e filosófico, no sentido de que aposta na pena como elemento adequado para censura desse tipo de crime, desqualificando a JR nesse aspecto. Inclusive um dos argumentos utilizados para a absolvição foi que as práticas restaurativas seriam mais adequadas à pacificação social do que a pena, mas o contra-argumento do TJSP foi que “a resposta penal no caso concreto exerce o papel indispensável

⁸⁸⁶ ESTADO DE SÃO PAULO. **Apelação nº 00012950520128260341 SP 0001295-05.2012.8.26.0341**. São Paulo: Tribunal de Justiça de São Paulo, 8ª Câmara de Direito Criminal, Relator Alcides Malossi Júnior, julgamento: 24/11/2016, data da publicação em 28/11/2016.

⁸⁸⁷ Nesse sentido, há trabalhos recentes, inclusive frutos de pesquisa empírico sobre o tema, o qual é abordado de diversas perspectivas. Ver: GRAF, Paloma Machado. *Circulando relacionamentos: a justiça restaurativa como instrumento de empoderamento da mulher e responsabilização do homem no enfrentamento da violência doméstica e familiar*. Ponta Grossa: UEPG, dissertação apresentada para a obtenção do título de mestre em Ciências Sociais Aplicadas, 2019. SANTOS, Michelle Karen. **Justiça Restaurativa e Violência Doméstica**: experiências de julgados de violência doméstica e familiar contra a mulher. Porto Alegre: PUCRS, dissertação apresentada para a obtenção do título de mestre em Direito, 2020.

de modificar um padrão sociocultural brasileiro e uma prática consuetudinária”⁸⁸⁸. Percebe-se que aqui oferece-se uma interpretação da JR

Em sentido contrário, também envolvendo caso de violência doméstica, a JR foi referenciada como espécie de “pena alternativa” em decisão Tribunal Estadual de Goiás⁸⁸⁹, no sentido de que a participação em grupos reflexivos para homens agressores, vinculado ao Programa de Justiça Restaurativa do Tribunal, seria medida adequada para reagir ao crime praticado. Outra decisão do TJDF, relativa à Reclamação do MP contra a designação de audiência multidisciplinar, tribunal indo mais profundamente no sentido oposto da decisão do TJSP. Nesse acórdão, os julgadores do TJDF apontaram, por maioria de votos, que o trabalho multidisciplinar somado à JR poderia culminar em trabalhos de orientação e prevenção voltados para a ofendida e o agressor, dando ênfase na solução permanente do problema e permitindo “conscientizar as partes sobre seus atos e atingir a real pacificação social, e não somente a punição do agressor”⁸⁹⁰. Percebe-se aqui que o nessa decisão o Poder Judiciário se aproximou mais da perspectiva de justa causa abordada neste trabalho, reconhecendo que o processo e o direito penal não se prestam somente a viabilizar a reprovação ou dissuadir ações criminosas, mas sim a promover, em última instância, a convivência harmônica e a superação da violência.

Reflexões do gênero não se prestam a encontrar argumentos para premiar o autor da ofensa por participar e cumprir medidas restaurativas, de maneira alguma, mas sim de reconhecer que os efeitos da intervenção penal, em casos em que a paz relacional e social foi restaurada, vão em sentido contrário ao que se entende aqui como os fundamentos e finalidades última das punição, caracterizaria um *bis in idem* em termos de responsabilização e censura. A JR é uma alternativa à punição e não uma punição alternativa, logo, como já abordado no Capítulo III, desqualifica-la pela ausência de caráter aflagante é desconsiderar que toda a aflagante provocada pelo sistema penal, na prática, apenas está retroalimentando os ciclo estrutural de segregação e violência.

O apego subjetivo dos operadores do direito pela perspectiva dogmática do direito penal, em flagrante contraste com seus efeitos reais, mostra-se então um grande empecilho a adoção de interpretações e soluções processuais para conter ou buscar formas alternativas

⁸⁸⁸ ESTADO DE SÃO PAULO. **Apelação nº 00012950520128260341 SP 0001295-05.2012.8.26.0341...** Op. cit.

⁸⁸⁹ ESTADO DE GOIÁS. **Apelação Criminal nº 031193305120159090175**. Goiânia: 1ª Câmara Criminal, Relator: Atila Naves Amaral, data do julgamento: 11/02/2020, data da publicação: 26/02/2020.

⁸⁹⁰ DISTRITO FEDERAL. **Reclamação nº 0005429-20.2016.8.07.000**. Brasília: Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 1ª Turma Criminal, Relator George Lopes, data do julgamento: 18/08/2016, data da publicação: 31/08/2016.

de censura em relação à punição. É fato que comprovado a ação típica, ilícita e culpável, o tipo previsto na lei penal de direito material prevê a punição à conduta, mas a lei processual penal ao tratar da justa causa como condição da ação, fornece uma larga amplitude para se verificar a necessidade de prosseguimento da persecução penal no caso em concreto. Importante lembrar também que o legislador quisesse restringir o conceito de justa causa a lastro probatório mínimo, poderia ter limitado os seus termos nesse sentido, mas não o fez, admitindo assim que esse tipo de significado não esgote necessariamente a essência dessa condição, possibilitando a alternatividade entre a justiça criminal e JR inclusive processual penal.

Segundo o art. 397 do CPP, o juiz apenas poderá absolver sumariamente o acusado se verificar causa excludente de ilicitude do fato, excludente de culpabilidade, se o fato narrado não constituir crime ou se a punibilidade estiver extinta. Ante a ausência de previsão legal, as práticas restaurativas não provocam nenhuma dessas causas que tornam a absolvição sumária possível, e se fosse o caso, provocariam apenas a extinção da punibilidade, como o faz o cumprimento do ANPP.

Tampouco parece razoável que um sujeito imputável que tenha cometido um crime, sem estar em nenhuma condição de exclusão de ilicitude, seja absolvido em razão do resultado das práticas restaurativas, afinal, a absolvição remete ao fato do sujeito ter praticado uma conduta admitida pela lei, e tecnicamente os resultados das práticas restaurativas não desconstroem o ato cometido, mas no máximo a necessidade de puni-lo. Assim, uma solução que parece adequada e coerente, para fins de promover a alternatividade entre justiças, seria a positivação, é a previsão do cumprimento do acordo restaurativo e eventuais outros critérios objetivos como forma de configurar a extinção da punibilidade.

Essa é a solução encontrada no Projeto de Lei nº 7.006 de 2006, que trata do uso de procedimentos restaurativos no sistema de justiça criminal em casos de crimes e contravenções, e agora está acostado ao Projeto de Lei nº 8.045 de 2010, que propõe a promulgação de um novo CPP, vai na referida linha e prevê a inclusão de um inciso no art. 107 do CP no sentido de que o cumprimento de um acordo restaurativo deve operar como causa de extinção da punibilidade do ato⁸⁹¹. O PL nº 8.045 de 2010, ao seu turno, no art. 291, inciso II, dispõe que “o juiz extinguirá o processo sem resolução de mérito, a qualquer

⁸⁹¹ “art. 11 - É acrescentado ao artigo 107, do Decreto-Lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940, o inciso X, com a seguinte redação: X – pelo cumprimento efetivo de acordo restaurativo”. Em: BRASIL. **Projeto de Lei nº 7006 de 10 de maio de 2006**. Brasília: Congresso Nacional, 2006.

tempo e grau de jurisdição, quando verificar a inexistência de justa de causa”⁸⁹². Essa possibilidade de desconfiguração superveniente da justa causa também viabiliza a alternatividade em questão, mas não de modo definitivo como é o caso da extinção de punibilidade, que faz coisa julgada.

Ocorre que o próprio PL, ao regulamentar a JR no âmbito processual, dispõe que:

Art. 113. Cumprido o acordo restaurativo antes do recebimento da denúncia, nos casos de ação penal de iniciativa pública condicionada a representação, será declarada extinta a punibilidade.

Art. 114. Afora a hipótese prevista no parágrafo anterior, por ocasião da sentença, o juiz valorará o acordo homologado, conferindo-lhe eventual abrandamento da pena⁸⁹³.

Assim, o PL confere efeitos diversos às práticas restaurativas realizadas na seara pré-processual e processual indo na linha da extinção da punibilidade na primeira, em razão da desnecessidade de aplicação da pena, e na diminuição da severidade da punição na segunda. Na prática, considerando que os efeitos restaurativos seriam os mesmos, essa opção nos parece incoerente e a alternatividade deveria ser preservada inclusive na seara processual.

Mesma na conjuntura do atual CPP, com o princípio da indisponibilidade do processo penal em vigor, existem decisões judiciais reconhecendo a perda superveniente de justa causa para o exercício da persecução penal, sem adentrar no mérito da causa, ou seja sem trabalhar com a noção de culpado ou inocente. Trata-se de um caminho adotado pelos tribunais quando se verifica, após o recebimento da denúncia, que a pretensão acusatória está viciada em termos de lastro probatório mínimo ou por outro fator que torne desnecessário o prosseguimento do feito rumo a uma decisão de mérito definitiva. Um exemplo foi decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul, após o recebimento da denúncia, a qual analisou as provas resultantes de Procedimento Investigatório Criminal do MP, que produziu laudo apontando um uma prefeitura cumpriu com suas obrigações de fazer, e concluiu que o laudo desconfiguraria o lastro probatório mínimo apresentado na denúncia de crime de responsabilidade, provocando sua rejeição⁸⁹⁴.

⁸⁹² BRASIL. **Projeto de Lei nº 8.045 de 2010**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2010, p. 327. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1668776. Acesso em 09 de fev. de 2020.

⁸⁹³ BRASIL. **Projeto de Lei nº 8.045 de 2010**... Op. cit., p. 276.

⁸⁹⁴ ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL. **Procedimento Investigatório Criminal nº 20000148120168120000 MS 2000014-81.2016.8.120000**. Campo Grande: Seção Especial – Criminal, julgamento 23/08/2018, publicação 24/08/2018.

Outro exemplo foi o julgamento de um habeas corpus pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná em que ao acusado estava sendo imputado a atuação como partícipe de um homicídio, mas, tendo o autor material do crime sido absolvido com sentença transitado em julgado, foi decidido que haveria constrangimento ilegal na submissão do acusado a julgamento por “superveniente ausência de justa causa, vez que é impossível a participação criminosa em conduta que não é considerada crime”⁸⁹⁵. A superveniência da falta de justa causa está usualmente associada ao trancamento da ação penal e, portanto, à comprovação de que “os lastros probatórios mínimos apresentados na denúncia deixam de ser válidos”, o que se aplica também ao reconhecimento da ilicitude das provas⁸⁹⁶.

O reconhecimento perda superveniente de justa causa é uma medida que não desrespeita o princípio da indisponibilidade, uma vez que ela é reconhecida pelo próprio juízo e se trata de impossibilidade legal do exercício da pretensão acusatória. Sendo possível, portanto, que ocorra ausência de justa causa após o recebimento da denúncia, a conexão instrumental do processo com os fundamentos e finalidades da punição, a luz do princípio da intervenção mínima e uso do direito penal apenas como último recurso, torna juridicamente possível que a JR opere como alternativa ao processo e à punição mesmo após o recebimento da denúncia e mesmo que existam indícios de autoria e materialidade do crime.

Evidentemente, em razão da tipicidade dos atos processuais e de uma incompatibilidade procedimental e de racionalidade, as práticas restaurativas ocorreriam paralelamente ao processo. Mesmo assim, o juízo poderia aguardar a apresentação dos resultados das práticas, em forma de minuta de acordo e provas do cumprimento deste, para analisar se persistiria justa causa para a continuidade do exercício da persecução penal (respeitados os critérios apontados no subcapítulo anterior) ou se os elementos deveriam apenas ser considerados quando da decisão final de mérito.

Mesmo que essas medidas ainda não estejam regulamentadas em lei ou resoluções do MP ou do Poder Judiciário, os impactos das práticas restaurativas na realidade material não podem ser desconsiderados pelo sistema de justiça, seja antes ou depois da formação do processo penal. Portanto, supondo que essas práticas sejam conduzidos por instituições privadas e seus impactos venham a sofrer um controle posterior pelo sistema de justiça, evidenciando o respeito aos princípios já elencados, os efeitos reais dessas práticas devem

⁸⁹⁵ ESTADO DO PARANÁ. HC nº 1430246 PR. Curitiba: Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, 2ª Câmara Criminal, Relator: Jesus Sarrão, Data da Publicação: 21/08/2003, 06/10/2003.

⁸⁹⁶ BRASIL. HC nº 130699 SP 2009/0042025. Brasília: Relator Sebastião Reis Júnior, data da publicação: 22/05/2015.

ser utilizados tanto para favorecer uma alternatividade na esfera pré-processual processual, quanto, quando todos os critérios para tanto não forem cumpridos, para favorecer a mitigação da severidade da punição se a conclusão for pela condenação. Tecnicamente falando, a diminuição do rigor da punição é o mínimo razoável a ser cumprido em havendo a devida responsabilização dialógica do autor da ofensa e a reparação ou minimização dos danos, caso contrário, o sistema de justiça incorreria em *bis in idem*.

Considerando então a tipicidade dos atos processuais, as práticas restaurativas devem ocorrer paralelamente ao processo. O maior problema disso é que o ritmo do processo ditará o ritmo da execução das práticas, sob pena de, finalizado o primeiro, inviabilizar-se qualquer impacto jurídico da prática na esfera processual. Nesse sentido, o art. 110 do PL nº 8.045 de 2010 apregoa que:

Art. 110. A prática restaurativa penal ocorre de forma paralela ao processo judicial, devendo suas implicações ser consideradas, caso a caso, objetivando sempre as melhores soluções para as partes envolvidas e a comunidade.

§ 1º A prática da justiça restaurativa:

I - não suspenderá a persecução penal;

II - poderá ser desencadeada a qualquer momento.

§ 2º Na esfera penal, seus efeitos somente serão alcançados até a prolação da sentença⁸⁹⁷.

Assim, as práticas poderiam ser realizadas em qualquer momento processual, com preferência para a realização prévia à apresentação de alegações finais e com previsão de início e término das intervenções, apresentando-se eventual acordo e documentos comprobatórios das práticas ao juiz, que os considerará seja para decretar a perda superveniente de justa causa, em conformidade com os motivos e critérios elencados no subcapítulo anterior, se para considerar os impactos positivos das práticas quando da formulação da sentença. Percebe-se então que o juiz terá uma posição fundamental no campo processual, tornando-se o fiscal da possibilidade de alternatividade entre a JR e a justiça criminal, e possibilitando o retardamento dos atos processuais em prol de aguardar a finalização das intervenções restaurativas. Nesse último aspecto o juiz poderia conceder a abertura de prazos para a apresentação dos documentos pertinentes às práticas durante a instrução. Assim, esses documentos teriam natureza probatória para se mensurar os efeitos da prática delitiva e necessidade da continuação, ou não, da intervenção penal no caso, sem prejuízo de, mesmo no final do processo, o juiz concluir pela absolvição do réu.

⁸⁹⁷ BRASIL. Projeto de Lei nº 8.045 de 2010... Op. cit., p. 275.

Considerando que o consenso sobre a essência dos fatos entre os envolvidos é requisito para uma prática restaurativa, tem-se como uma hipótese que a maioria dos réus que aderirem a ela serão réus confessos, mesmo que sua participação não implique em assunção de culpa. Ademais, qualquer conteúdo discutido durante as práticas restaurativas, com exceção do constante no acordo, será estritamente confidencial, salvo consenso no sentido contrário, não podendo, portanto, ser usado como prova no processo penal, como também aponta o art. 115 do PL nº 8.045 de 2010 e o §5º do art. 8º da Resolução nº 225 do CNJ:

art. 8º (...) §5º. Não obtido êxito na composição, fica vedada a utilização de tal insucesso como causa para a majoração de eventual sanção penal ou, ainda, de qualquer informação obtida no âmbito da Justiça Restaurativa como prova⁸⁹⁸.

Em não se adotando a interpretação da ausência superveniente de justa causa, em casos nos quais se admita uma pena restritiva de direitos e a condenação seja iminente, diante das provas, um acordo restaurativo ser usado como referência pelo juiz, por exemplo, para estipular uma pena restritiva de direitos que se adéque melhor às necessidades e anseios das partes de fato. Seria uma sentença com maior legitimidade e que faria mais sentido para a vítima e o réu, pois eles contribuíram para sua construção. Em tese, portanto, aumenta-se a possibilidade de cumprimento das medidas estipuladas.

Ainda, em relação às possibilidades expressamente previstas em lei e relativas ao procedimento sumaríssimo, o art. 89 da Lei nº 9.099/1995 permite que o MP, ao oferecer a denúncia, proponha a suspensão condicional do processo por dois até quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado, ou não tenha sido condenado por outro crime, devendo estarem presentes os demais requisitos que autorizam a suspensão condicional da pena. Isso é possível para questões envolvendo crimes cuja pena mínima prevista em abstrato seja igual ou inferior a um ano, de tal maneira que, cumpridas as condições estipuladas para a suspensão do processo durante o período de prova, a punibilidade é extinta. O §1º, inciso I, do art. 89 também indica a reparação do dano como condição da suspensão, e o §2º dispõe que o juiz poderá especificar outras condições adequadas ao fato ou à situação pessoal do acusado. Há assim a possibilidade do uso das práticas restaurativas

⁸⁹⁸ BRASIL. **Resolução nº 225 de 31 de maio de 2016**... Op. cit. Tal previsão também consta no art. 115 do PL nº 8.045 de 2010: “Não alcançado o acordo restaurativo, será vedada a utilização de dados obtidos na prática restaurativa como prova processual ou sua utilização como causa para aumento de eventual sanção penal”. Em: BRASIL. **Projeto de Lei nº 8.045 de 2010**... Op. cit., p. 276.

com forma para a definição dos termos da suspensão condicional do processo, os quais podem ser vinculados ao cumprimento de acordo resultado da abordagem restaurativa⁸⁹⁹.

Voltando ao campo do procedimento penal comum ordinário e sumário, finalizada a prática restaurativa e cumprido o acordo o juiz considerará os efeitos das práticas restaurativas na realidade a partir do que consta nos documentos comprobatórios juntados no processo (pelo MP, pela defesa ou pelo cartório, que pode ter recebido de outro órgão, como o CEJUSC, ou instituição). Esses documentos podem ser o acordo, as atas de presença nas práticas, eventuais roteiros de círculos que apontem as perguntas e dinâmicas praticadas, relatórios de fiscalização do cumprimento do acordo e relatórios de encaminhamento e observações da rede de apoio. Assim sendo, esses efeitos poderão ser considerados tanto para o reconhecimento da ausência superveniente de justa causa, como para fins de dosimetria da pena e estipulação do regime de cumprimento inicial da pena, se os requisitos para a primeira opção não restarem caracterizados.

Sobre a segunda possibilidade, o art. 59 do CP dispõe que:

art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

- I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;
- II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;
- III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;
- IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível⁹⁰⁰.

Os resultados positivos das práticas restaurativas poderão, por exemplo, mitigar as consequências negativas do crime, atestar a adoção de uma conduta social positiva por parte do réu, ao buscar reparar o dano causado, e aceitar ser responsabilizado dialogicamente pela conduta perpetrada. Da mesma forma, esses resultados também podem contribuir para uma leitura favorável da personalidade do réu, fatores esses que, pela pobreza de elementos probatórios fornecidos no processo, usualmente não são sequer considerados no momento da dosimetria. Ainda, os ônus assumidos pelo réu, ao reparar ou mitigar os danos da sua conduta, e eventuais práticas de serviços em benefício da coletividade, podem ser considerados para a estipulação de regime de cumprimento de pena menos gravoso, considerando que o réu já está sendo responsabilizado.

⁸⁹⁹ SILVA, Mário Edson Passerino Fischer da; BONAVIDES, Samia Saad Gallotti. As práticas restaurativas como uma alternativa à persecução penal... Op. cit., p. 95.

⁹⁰⁰ BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 dezembro de 1940... Op. cit.

Da mesma forma, a participação nas práticas e cumprimento do acordo restaurativo podem ser enquadrados no art. 66 do CP como uma atenuante genérica em razão das circunstâncias relevantes, posteriores ao delito, provocadas por ambos:

art. 66 - A pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei⁹⁰¹.

Entende-se então pela possibilidade das práticas restaurativas promoverem impactos no âmbito processual penal, considerando os contornos da legislação atual, os quais podem gerar efeitos jurídicos de contenção da violência estatal promovida pelo sistema penal, seja em termos de alternatividade, seja em termos de reduzir a severidade da resposta penal. Observa-se ainda que em virtude da realização paralela de práticas restaurativas, tanto em relação ao inquérito quanto em relação processo, por órgãos públicos voltados especificamente a essa atividade ou por instituições privadas, diminui os riscos de contaminação da racionalidade restaurativa pela lógica punitivista, o que, somado ao princípio da voluntariedade, aproxima esse modelo da noção purista, sendo o acordo restaurativo (e seu cumprimento) a ponte de contato entre o procedimento penal e as práticas restaurativas.

Com relação, por fim, a incerteza sobre os efeitos jurídicos das práticas restaurativas, por um lado ela é positiva no sentido de que evite a instrumentalização dessas práticas, e consequentemente das vítimas, como um sistema premial aos autores de ofensa. Por outro, essa insegurança afeta a isonomia, pois, como pode ser observado nas poucas decisões judiciais referenciadas nos itens anteriores, há posicionamentos drasticamente diversos em termos de compreensão de reconhecimento de efeitos das práticas restaurativas na seara penal. Uma possível solução de meio é a expedição de regulamentações pelos órgãos do sistema de justiça, como CNJ e CNMP, ou mesmo pelos órgãos superiores dos MP's e tribunais estaduais e federais, quanto à postura institucional relativamente aos possíveis efeitos jurídicos dos diversos impactos que podem ser provocados pelas práticas restaurativas. Veja-se que, como estamos trabalhando com conceitos que estão previstos na lei (justa causa, dosimetria da pena, suspensão condicional do processo) essa regulamentação em forma de resoluções ou recomendações não usurpa competência legislativa. O risco é que, essas resoluções podem ser tanto para incentivar a ampliação de

⁹⁰¹ BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 dezembro de 1940... Op. cit.

possibilidades consideradas pelos operadores do sistema de justiça, quanto para marginalizar a JR.

Ainda, mesmo que nenhuma dessas consequências jurídicas seja considerada, não há motivo jurídico para o MP ou judiciário vedarem a realização paralela das práticas restaurativas quando as partes de fato concordam com isso. Um ponto que, merece atenção, sendo essa a opção institucional, é a necessidade de se evitar o *bis in idem* caso o autor da ofensa assuma prestações em razão de eventual acordo restaurativo.

Feitas essas considerações e verificada a possibilidade de alternatividade entre JR e justiça criminal, tanto na etapa pré-processual, quanto na processual, encaminhando-se para a última parte desse trabalho, na qual será feita uma breve análise dos já referidos projetos de lei que tratam da institucionalização da JR na seara penal brasileira. Tal análise, ao seu turno, fornecerá indícios de possíveis alterações futuras na legislação que facilitem, ou restrinjam, os efeitos jurídicos das práticas restaurativas.

4.4 Possíveis vetores para o futuro: o antigo Projeto de Lei nº 7.006 de 2006 e as incorporações no Projeto de Lei nº 8.045 de 2010

O Projeto de Lei (PL) nº 7.006 de 2006, apresentado ao plenário da Câmara dos Deputados em maio de 2006, já fora arquivado em três ocasiões e desde 2016 está apensado ao PL nº 8.045 de 2010, conhecido como “Projeto do Novo CPP”. O primeiro projeto destina-se a normatizar a introdução das práticas restaurativas na seara penal. O segundo possui é mais amplo e conta, até o momento, com um parecer apresentado em meados de 2017 por uma comissão especializada que propôs a incorporação da JR no Novo CPP⁹⁰².

O modelo restaurativo proposto pelo PL nº 7.006 de 2006 é o complementar alternativo que se baseia em um elemento essencial do purismo: a voluntariedade, conforme pode ser extraído, respectivamente, dos seguintes dispositivos transcritos abaixo:

Art. 1º - Esta lei regula o uso facultativo e complementar de procedimentos de justiça restaurativa no sistema de justiça criminal, em casos de crimes e contravenções penais.

(...)

Art. 4º - Quando presentes os requisitos do procedimento restaurativo, o juiz, com a anuência do Ministério Público, poderá enviar peças de informação,

⁹⁰² BRASIL. 4ª **Relatoria Parcial**: dos Recursos em Geral, Disposições Gerais sobre as medidas cautelares, das medidas cautelares pessoais (arts. 458 a 611) e da Justiça Restaurativa. Brasília: Congresso Nacional, Relator Paulo Teixeira, 2017, p. 5.

termos circunstanciados, inquéritos policiais ou autos de ação penal ao núcleo de justiça restaurativa.

(...)

Art. 7º – Os atos do procedimento restaurativo compreendem:

a) consultas às partes sobre se querem, voluntariamente, participar do procedimento;

(...)

Art. 14 - São acrescentados ao artigo 24, do Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941, os parágrafos terceiro e quarto, com a seguinte redação:

§ 3º - Poderá o juiz, com a anuência do Ministério Público, encaminhar os autos de inquérito policial a núcleos de justiça restaurativa, quando vítima e infrator manifestarem, voluntariamente, a intenção de se submeterem ao procedimento restaurativo⁹⁰³.

Em artigo intitulado “Justiça Restaurativa no Brasil: Análise Crítica do Projeto de Lei nº 7.006/2006”, Daniel Achutti e Raffaella Pallamolla expuseram suas visões com relação às incoerências do projeto, explicitando, principalmente, seu temor quanto à colonização da JR pela lógica penal⁹⁰⁴. A primeira crítica dos autores se referiu à ausência de previsão sobre a iniciativa das partes de fato com relação à manifestação de interesse em aderir a programas restaurativos, uma vez que tal faculdade é prevista somente às instituições do sistema de justiça no art. 4º do PL nº 7.006 de 2006:

Art. 4º - Quando presentes os requisitos do procedimento restaurativo, o juiz, com a anuência do Ministério Público, poderá enviar peças de informação, termos circunstanciados, inquéritos policiais ou autos de ação penal ao núcleo de justiça restaurativa⁹⁰⁵

O PL, em seu art. 13, prevê o acréscimo do §4º ao art. 10º do atual CPP, permitindo que a autoridade policial possa sugerir, no relatório do inquérito, o encaminhamento do caso a “procedimento restaurativo”. Tal previsão parece salutar para os fins a que se destina o PL, especialmente porque o art. 10 do CPP delimita o relatório de inquérito como um documento essencialmente descritivo, apenas excepcionando, em seu §2º, a possibilidade de indicação de testemunhas. Dessa forma, embora a sugestão da autoridade policial não seja vinculante, ela promove maior integração das instituições ao redor da promoção da JR, pressupondo que a autoridade tenha conhecimento para filtrar os casos passíveis de direcionamento a estes projetos. A mesma linha de proposta está prevista no art. 26, inciso

⁹⁰³ Em: BRASIL. **Projeto de Lei nº 7006 de 10 de maio de 2006...** Op. cit.

⁹⁰⁴ ACHUTTI, Daniel Silva; PALLAMOLLA, Raffaella. *Justiça Restaurativa no Brasil: Análise Crítica do Projeto de Lei n. 7.006/2006. Anais da VI Mostra Científica do Cesuca*, Cachoeirinha, v. 1, n. 7, 2013, p. 5.

⁹⁰⁵ Em: BRASIL. **Projeto de Lei nº 7006 de 10 de maio de 2006...** Op. cit.

I, alínea “k”, do PL nº 8.045 de 2010, que dispõe que incumbe ao delegado de polícia representar pelo encaminhamento do conflito à prática de justiça restaurativa⁹⁰⁶.

Em relação ao PL nº 7.006 de 2006, o encaminhamento ocorrerá se estiverem preenchidos os requisitos do “procedimento restaurativo” (art. 4º) previstos na proposta do art. 556 a ser acrescentado ao CPP. Estes requisitos são: (i) a personalidade do “agente”; (ii) os antecedentes deste; (ii) as circunstâncias do caso; e (iii) as consequências do crime. Percebe-se, portanto, que o projeto de lei não fornece critérios objetivos e torna o encaminhamento mais dependente do perfil dos agentes institucionais (simpatizantes ou não simpatizantes da JR) do que das características do caso em concreto. Feita a análise judicial e não havendo veto por parte do MP, o Núcleo de JR apresentaria a proposta “às partes” (leia-se protagonistas ofensor e ofendido) e elas poderiam optar se desejam, ou não, participar da abordagem.

Para Achutti e Pallamolla, concentrar o poder de decisão sobre o encaminhamento de casos a programas restaurativos nas mãos do judiciário comprometeria a autonomia do sistema restaurativo, reduzindo-o a um “apêndice do sistema penal”. Isso seria agravado ainda pelo conteúdo dos requisitos do art. 556, que, além de refletir uma linguagem estigmatizante, “própria do positivismo criminológico”, baseia-se em conceitos vagos que permitem a tomada de decisões arbitrárias. Tal arbitrariedade poderia ter como consequência, por exemplo, a vinculação aos programas restaurativos tão somente de casos penais referentes a crimes menos graves, atrelando-se às práticas restaurativas aos *soft cases*⁹⁰⁷.

Criticou-se também a possibilidade, prevista no parágrafo único do proposto art. 562, do magistrado deixar de homologar o acordo caso este não se mostre razoável e proporcional, bem como deixe de atender às necessidades individuais, ou coletivas dos envolvidos. Assim, os citados autores, embora ressaltem não defender a libertinagem na elaboração dos termos do consenso, criticaram a possibilidade de sua conformação judicial, apontando que as questões jurídicas atinentes a este devem ser submetidas aos advogados, ou defensores das “partes”⁹⁰⁸.

Delegar a tarefa de fiscalização mútua aos advogados pressupõe que a vítima tenha um procurador, um assistente de acusação, ou o acesso a um defensor público, por exemplo. Entende-se, entretanto, que retirar um suposto poder-dever do magistrado de

⁹⁰⁶ BRASIL. **Projeto de Lei nº 8.045 de 2010...** Op. cit., p. 248-249.

⁹⁰⁷ ACHUTTI, Daniel Silva; PALLAMOLLA, Raffaella. *Justiça Restaurativa no Brasil...* Op. cit., p. 6-7.

⁹⁰⁸ ACHUTTI, Daniel Silva; PALLAMOLLA, Raffaella. *Justiça Restaurativa no Brasil...* Op. cit., p. 5-7.

verificação da proporcionalidade e da legalidade do acordo em última instância, no atual momento histórico desenvolvimento de um modelo restaurativo no Brasil, corresponde a eximir as instituições públicas das responsabilidades ante as consequências do pacto, retirando a presença estatal da condução do caso penal.

A última a proposta dos autores para é caminhar rumo a uma espécie de abolição da influência institucional sobre as consequências do consenso, na linha de um modelo restaurativo purista. O poder de decisão ficaria concentrado, nessa linha, nos envolvidos diretos no caso penal e em seus representantes legais, que fariam uma análise jurídica e de proporcionalidade do acordo, fornecendo-lhes um *feedback*, cabendo ao juiz apenas homologar o pacto. Em caso de descumprimento do acordo, o magistrado retomaria o poder de julgar o caso penal conforme o procedimento convencional.

Trata-se de uma ideia de ruptura sistêmica, coerente com um restaurativismo purista que opera complementando estruturalmente o judiciário e atuando como uma barreira à aplicação do poder punitivo. No atual momento histórico, todavia, a presença do judiciário e do MP, como fomentadores e fiscalizadores que devem compartilhar, no âmbito da JR, suas decisões com ofendido e suposto autor da ofensa, transmite maior segurança e credibilidade da ideia à população, ao menos nesta fase de divulgação e consolidação do modelo restaurativo. Trata-se de uma oportunidade para ressignificar a função dessas instituições e integrá-las em torno do restaurativismo, embora, como ressalvam os autores, há chance de, em prol da imediata alavancagem da JR, apequena-la sob a tutela do sistema de justiça. Em contrapartida, é importante considerar igualmente o risco da espera pela regulamentação normativa de um modelo purista, que afaste ao máximo a participação do sistema de justiça nas práticas restaurativas, estagnar os avanços na implementação difusa de programas restaurativos capazes de fomentar uma cultura democrática mais inclusiva ao mesmo passo que freia o poder punitivo. Essa integração interinstitucional é inclusive apregoada pelo art. 10 do PL nº 7.007 de 2006:

Art. 10 – Os programas e os procedimentos restaurativos deverão constituir-se com o apoio de rede social de assistência para encaminhamento das partes, sempre que for necessário, para viabilizar a reintegração social de todos os envolvidos⁹⁰⁹.

⁹⁰⁹ BRASIL. Projeto de Lei nº 7006 de 10 de maio de 2006... Op. cit.

Na mesma linha de consolidar a JR como uma política pública de responsabilidade interinstitucional, o PL nº 8.045 de 2010, ao positivizar no Título V intitulado “Da Recomposição Social”, Capítulo II, “Da Justiça Restaurativa Penal”, o art. 106, definiu que:

art. 106. A Justiça Restaurativa Penal é a política pública destinada a reintegração social, com a participação da vítima, do autor do fato e da comunidade, e tem por objetivos:

- I - a redução dos índices de reincidência;
- II - a reintegração social do autor do fato;
- III - a promoção da indenização dos danos sofridos pela vítima⁹¹⁰.

Dessa previsão, extrai-se, todavia, que a proposta ainda reduz a JR como uma técnica de resolução de conflitos, ignorando seu potencial de fomento da cidadania e da democracia. Além disso, o PL associa a JR objetivos usualmente atrelados ao sistema de justiça penal, como a prevenção, e reduz a reparação a indenização pecuniária, demonstrando que ainda são necessários aprofundamentos em relação à principiologia restaurativista por parte do legislador.

Mais além, observa-se que embora não haja dispositivo, no PL nº 7.006/2006 que determine qual a natureza jurídica dos Núcleos de JR e se estes deverão estar vinculados ao Poder Judiciário, o conteúdo do projeto, ao limitar ao sistema de justiça e à polícia o poder para encaminhar/vetar o encaminhamento de casos aos programas restaurativos, apregoa um modelo de complementaridade funcional, em que esses núcleos ficam vinculados, ao menos funcionalmente, ao sistema de justiça. O próprio art. 562, *caput*, quando dispõe que o acordo deverá servir de base para a decisão final do juiz, pressupõe o interesse na produção de efeitos jurídicos do pacto em sede do processo penal, independentemente da vontade dos participantes.

Com relação ao aspecto maximizador da JR no PL em pauta, este não fez nenhuma vedação *a priori* quanto aos casos penais passíveis de integrarem os programas restaurativos, deixando, em contrapartida, tal análise ao encargo do juiz e do MP (com poder de veto). O PL regulamenta a JR também na seara processual, concentrando poderes principalmente nas mãos do judiciário e fazendo previsões referentes à suspensão do processo quando da realização de práticas restaurativas, além de, na fase pré-processual, facultar ao MP deixar de propor a ação penal enquanto o procedimento restaurativo estiver em curso:

Art. 14 - São acrescentados ao artigo 24, do Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro

⁹¹⁰ BRASIL. Projeto de Lei nº 8.045 de 2010... Op. cit., p. 273.

de 1941, os parágrafos terceiro e quarto, com a seguinte redação: (...)

§ 4º – Poderá o Ministério Público deixar de propor ação penal enquanto estiver em curso procedimento restaurativo.

Art. 15 - Fica introduzido o artigo 93 A no Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941, com a seguinte redação:

Art. 93 A - O curso da ação penal poderá ser também suspenso quando recomendável o uso de práticas restaurativas⁹¹¹.

A oportunidade para desistência da abordagem restaurativa (proposta do art. 560 a ser acrescentado no atual CPP) antes da homologação judicial do acordo confere maior autenticidade e voluntariedade às práticas. Assim, caso o ofendido perceba que o ofensor não está preocupado com suas necessidades e não se importa com a sua narrativa, sendo isso um problema para ele, ele poderá desistir da abordagem. Da mesma forma, caso o ofensor perceba que o ofendido apenas está usando o espaço das práticas restaurativas para humilhá-lo, ele poderá deixar de participar.

A proposta do art. 6º e seus demais parágrafos, que abordou o funcionamento dos Núcleos de JR estabeleceu um padrão mínimo crucial para a tratativa adequada de casos complexos e das várias necessidades das partes de fato. Previu-se que a composição dos núcleos contará com uma coordenação técnica interdisciplinar (possivelmente com psicólogos e assistentes sociais), uma coordenação administrativa e uma equipe de facilitadores capacitados.

A proposta de introdução do art. 93-A ao CPP pelo art. 15 contribuiria para evitar a interpenetração entre as lógicas penal e restaurativa, de modo que a prática possa respeitar o tempo das práticas. Essa diretriz é complementada com a sugestão de acréscimo do inciso VII ao art. 117 do CP, a qual eleva a homologação do acordo restaurativo, até o seu efetivo cumprimento, como causa interruptiva de prescrição, dificultando a instrumentalização da JR para se atingir a impunidade.

Outra questão que merece atenção, tanto no PL nº 7.006/2006 quanto nas alterações propostas pelo Parecer da Comissão Especializada referente ao PL nº 8.045 de 2010, é o fato de ambos utilizarem, mais de uma vez, o termo “partes” para designar ofendido e suposto autor da ofensa, erro comum e fruto da leitura de um modelo de justiça sob a ótica do outro. Como se trata de dispositivos que se pretende inserir em um CPP, a terminologia de ambas as propostas (punir, ou restaurar) precisa ser alinhada para não sujeitar o intérprete a confusões. Os princípios da determinação e taxatividade que norteiam a elaboração do texto legal penal, portanto, devem ser observados, afinal, se trata do ramo

⁹¹¹ BRASIL. Projeto de Lei nº 7006 de 10 de maio de 2006... Op. cit.

mais violento do direito. Assim sendo, tratando-se de JR e processo penal, não se pode designar o conjunto “vítima mais ofensor” da mesma forma que o conjunto “réu mais MP”, especialmente porque o MP não participa da abordagem restaurativa e não celebra ou cumpre nenhum acordo proveniente dela.

No PL nº 7.006 de 2006 a confusão ocorreu em praticamente todos os artigos nos quais se abordou a vítima e o suposto autor da ofensa como um coletivo. O art. 3º tratou das “obrigações assumidas pelas partes”, o 7º; alínea “a”, acerca de consulta sobre o interesse das “partes” em participar de “procedimento restaurativo”, o 9º, parágrafo único, determinou que a confidencialidade “visa a proteger a intimidade e a vida privada das partes”; o §4º, acrescentado ao art. 13 do CPP, chancelou a possibilidade da autoridade policial sugerir o encaminhamento das “partes” para “procedimento” restaurativo, e a mesma confusão se repetiu nos demais artigos acrescentados. A mais grave, contudo, corresponde à proposta do art. 560, no qual se definiu que antes da homologação do acordo restaurativo pelo juiz “as partes poderão desistir do processo restaurativo”.

Esse último exemplo merece atenção, pois caso o intérprete recorresse à hermenêutica clássica sobre processo penal poderia entender que o MP tem a faculdade de desistir da abordagem restaurativa antes da homologação do acordo, o que colocaria todo o esforço das partes de fato a perder. No caso da Emenda nº 53, proposta pela Comissão Especializada referente ao PL nº 8.045 de 2010, utilizou-se no art. 267 do Projeto do Novo CPP o termo “pessoas atingidas pelo conflito” em vez do equivocado termo “partes” para tratar da adesão à JR como forma de suspensão condicional do processo.

Na Emenda nº 59, entretanto, referente ao art. 93, inciso II, recorreu-se ao termo “partes” para apontar que estas poderiam formular as soluções que entendessem cabíveis no âmbito do acordo. No art. 94, §1º, da mesma emenda, dispôs-se que “as partes” devem reconhecer os fatos essenciais do caso para participarem da abordagem. Esses exemplos elucidam o emprego inadequado do termo “partes” e a necessidade de harmonização dos conceitos referentes à JR ao processo penal quando estes entrarem em contato, sob pena de se realização de interpretações dúbias e prejudiciais à preservação de garantias processuais ou comprometimento da boa condução das práticas restaurativas.

Mais apropriado, portanto, seria designar o conjunto “vítima e ofensor” como “partes de fato”, separando-o da noção de partes processuais, ou partes de direito no processo penal. Ainda, poder-se-ia recorrer aos termos “participantes” ou “pessoas atingidas pelo conflito”, constantes respectivamente no art. 94, §5º, da Emenda nº 59 e na

proposta de alteração do art. 267, *caput*, prevista na Emenda nº 53, ambas constantes no Parecer da Comissão Especializada do PL nº 8.045 de 2010.

Em se tratando do PL nº 8.045/2010, este espelhou o atual CPP ao prever no inciso II do art. 265 a ausência da justa causa como razão para rejeição da denúncia (denominada de peça acusatória), porém também a equiparou à causa de extinção do processo a qualquer tempo, ou grau de jurisdição, no inciso II do proposto art. 267. Como já apontado, isso tornaria possível a alternatividade entre práticas restaurativas e processo penal também na fase processual, seguindo as interpretações realizadas neste trabalho.

Quanto às propostas das Emendas números 52 até 59, previstas no Parecer da Comissão Especializada do PL nº 8.045 de 2010, essas foram além do PL nº 7.006 de 2006 no que tange à aproximação da JR de um referencial purista. Contando com a consulta a vários restaurativistas brasileiros, bem como a realização de audiências públicas, a proposta se afastou da linha maximalista sem se desvincular da *reparative theory*. A Emenda nº 52 acrescentou ao rol de direito da vítima o direito de ser informada acerca da possibilidade de participar de programas restaurativos, bem como de requerer e participar voluntariamente desses, sanando assim a limitação constante no PL nº 7.006 de 2006, que limitava esse direcionamento aos agentes do sistema de justiça e à polícia⁹¹². Tal direito foi acrescido ao art. 104, inciso XVII, do PL nº 8.045 de 2010.

Sobre a alteração proposta do art. 267 do PL nº 8.045 de 2010, proposta na Emenda nº 53, esta diz respeito à suspensão condicional do processo quando o réu e a vítima aderirem, voluntariamente, à participação em programa restaurativo, permitindo, de acordo com §1º do mesmo artigo, a suspensão do feito até o cumprimento do acordo, ou pelo prazo máximo de quatro anos. No §2º, dispõe-se que o cumprimento do acordado vincula o juiz a declarar a extinção da punibilidade. Este último acréscimo, contudo, seria mais adequado se resultasse na adição de um inciso ao art. 107 do CP, uma vez que se trata de uma alteração da ordem do direito material. A extinção da punibilidade referente foi assimilada no art. 113 do PL nº 8.045 de 2010.

Na Emenda nº 54, propôs-se o acréscimo do inciso IV ao art. 267 do PL nº 8.045/2010, apontando a homologação de acordo restaurativo como causa para extinção do processo, sem resolução de mérito. Tem-se que a emenda é temerária, pois a mera homologação de acordo não significa que este será cumprido. Assim sendo, arrisca-se que o

⁹¹² BRASIL. 4ª Relatoria Parcial ... Op. cit., p. 282.

responsável pela ofensa, de má-fé, celebre o acordo, espere a sua homologação e então se livre de qualquer possibilidade de responsabilização penal caso o descumpra.

Outra alteração proposta no parecer foi o acréscimo, pela Emenda nº 55, do §1º ao art. 276 do PL em pauta, renumerando-se os demais parágrafos, determinando ao magistrado, na audiência de instrução, que certifique se o acusado e vítima foram informados sobre a possibilidade de participarem de programa restaurativo. Essa emenda ressaltou o direito de informação que se buscar assegurar à vítima na Emenda nº 52 e o direito concedido pela Emenda nº 56, referente à possibilidade de adesão aos programas restaurativos a qualquer tempo⁹¹³.

Tratativa mais detalhada quanto ao tema “suspensão processual e práticas restaurativas” foi feita pela Emenda nº 59⁹¹⁴ pela sugestão de alteração do art. 96 do PL nº 8.045 de 2010. No *caput* do artigo explicitou-se que a suspensão condicional do processo, em caso de recorrência à JR, é uma faculdade do magistrado, prevendo-se no §3º que, se esta não for exercida, ele deverá, respeitando o prazo prescricional, aguardar a conclusão da abordagem restaurativa para proferir a sentença. O §1º então reiterou o que foi abordado na alteração do art. 267, §1º (pela Emenda nº 53), ressaltando que a suspensão poderá ser determinada para fins de se aguardar o cumprimento do acordo após sua homologação judicial. Com a suspensão condicional do processo nos termos ora debatidos, o §2º do art. 96 determinou a suspensão do prazo prescricional. Novamente o PL abordou questões de direito material em um diploma de ordem processual.

Na proposta de redação do *caput* do art. 93, proposto pela Emenda nº 59, as práticas restaurativas foram apresentadas como meios de resolução de conflitos que gerem dano concreto, ou abstrato. A presente distinção de dano coloca em evidência não apenas questões de ordem material, mas igualmente os abalos psíquicos e relacionais sofridos pela vítima de crime. O inciso II do mesmo artigo dispôs acerca dos enfoques das práticas restaurativas, chamando a atenção para a reparação do dano, a necessidade de facilitadores capacitados conduzirem a abordagem e a formulação de soluções que “as partes” entenderem cabíveis.

As diretrizes para a materialização de um consenso foram complementadas pelos princípios previstos no *caput* e no §5º do art. 94 proposto pela Emenda nº 59 do parecer referenciado, o qual determinou que a construção do acordo deve resultar da livre atuação e expressão de vontades dos participantes, respeitando-se a dignidade humana. Tais enfoques

⁹¹³ BRASIL. 4ª Relatoria Parcial... Op. cit. p. 283.

⁹¹⁴ BRASIL. 4ª Relatoria Parcial... Op. cit. p. 284-287.

abarcam a vertente *reparative*, ressaltando, contudo, a liberdade dos participantes para concretizar a reparação e, ainda, zelando para que a prestação dos serviços pelos facilitadores não seja realizada por qualquer pessoa, embora não se tenha indicado quem os capacitará e como isso será feito. A previsão em relação aos facilitadores foi assimilada pelo art. 108 do PL em pauta, acrescentando-se a possibilidade de trabalho voluntário e convênios com entidades parceiras para fins de promoção das atividades de facilitação⁹¹⁵.

Sobre os princípios de JR elencados na Emenda nº 59, estes delimitaram a forma de celebração do acordo, optando-se por conceitos menos abstratos do que razoabilidade, ou proporcionalidade, comumente previstos em regulamentações do gênero. Elencando a corresponsabilidade como primeiro princípio, o art. 94, *caput* não direcionou a atribuição da formulação da solução apenas ao ofensor⁹¹⁶. Esse princípio busca evitar a revitimização ao enaltecer a capacidade ativa do ofendido em expressar o que necessita e em propor formas de solucionar o conflito em conjunto com o ofensor, corresponsabilizando-se pela condução pelo desfecho da abordagem.

A reparação de danos também foi elencada como princípio, assim como o diálogo, o atendimento de necessidades, a participação, a voluntariedade⁹¹⁷ e a igualdade, elementos voltados à perspectiva da *encounter theory* que convergem no sentido purista. Dessa forma, o parecer mesclou o objetivo principal da vertente reparativa, orquestrando o seu atingimento através da lógica da vertente do encontro, ressaltando que essas propostas são plenamente comunicáveis. Viabilizou-se então, mediante uma leitura sistêmica da Emenda nº 59, que a reparação seja feita de maneira simbólica, justamente porque a existência do dano abstrato fora exaltada no *caput* do art. 93.

Somados aos citados princípios, tem-se a confidencialidade e o sigilo, havendo ainda a prudência da Emenda nº 59 ressalvar (§6º do art. 94) que qualquer conteúdo relativo à prática restaurativa não pode ser alegado em âmbito processual, exceto se os participantes acordarem em sentido contrário, ou quando a integridade destes esteja em risco. As previsões dessa emenda foram concretizadas no art. 107 do PL nº 8.045 de 2010:

⁹¹⁵ “art. 108. As práticas restaurativas serão coordenadas por facilitadores restaurativos capacitados em técnicas autocompositivas e consensuais de solução de conflitos próprias da justiça restaurativa, podendo ser servidor do tribunal, agente público, voluntário ou indicado por entidades parceiras”. Em: BRASIL. **Projeto de Lei nº 8.045 de 2010...** Op. cit., p. 274.

⁹¹⁶ BRASIL. **4ª Relatoria Parcial...** Op. cit. p. 285.

⁹¹⁷ A voluntariedade de todos os participantes é reiterada no §2º do art. 94, previsto na Emenda nº 59, como condição fundamental para a ocorrência da abordagem, podendo ser tal consentimento revogado, pelo próprio indivíduo, a qualquer tempo, mesmo depois da homologação do acordo, o que faz o parecer divergir do PL 7.006/2006. O §3º do mesmo artigo, não obstante, veda a intimação judicial, ou extrajudicial dos participantes para que estes compareçam às sessões restaurativas, justamente para se retirar todo o ar de obrigatoriedade que possa vir a circundar a abordagem. Em: BRASIL. **4ª Relatoria Parcial...** Op. cit.

Art. 107. São princípios que orientam a justiça restaurativa a corresponsabilidade, a reparação dos danos, o atendimento das necessidades, o diálogo, a igualdade, a informalidade, a extrajudicialidade, a voluntariedade, a participação, o sigilo e a confidencialidade.

§ 1º Para que o conflito seja passível da prática restaurativa, é necessário que as partes reconheçam os fatos essenciais, sem que isso implique admissão de culpa em eventual processo judicial.

§ 2º Para que ocorra a prática restaurativa, é necessário o consentimento livre e espontâneo dos que dela participam, podendo ocorrer a revogação do consentimento a qualquer tempo.

§ 3º A participação dos envolvidos é voluntária, vedada qualquer forma de coação ou a emissão de qualquer espécie de intimação judicial ou extrajudicial para as sessões.

§ 4º Os participantes devem ser informados sobre a prática restaurativa, as possíveis consequências de sua participação, e sobre o direito à solicitação de orientação jurídica.

§ 5º O acordo decorrente da prática restaurativa deve ser construído a partir da livre atuação e expressão da vontade dos participantes, respeitando a dignidade humana de todos os envolvidos.

§ 6º O conteúdo da prática restaurativa é **sigiloso e confidencial, não podendo ser relatado ou utilizado como prova em processo penal, exceção feita apenas a alguma ressalva expressamente acordada entre as partes ou a situações que possam colocar em risco a integridade dos participantes.**⁹¹⁸

A proibição referente à remissão das questões envolvendo as práticas restaurativas na seara processual se fez presente na Emenda nº 58⁹¹⁹ do parecer, que propôs o acréscimo dos incisos IV e V ao art. 391 do PL nº 8.045 de 2010, remetendo aos limites do que pode ser alegado nas sustentações orais relativas ao rito dos Tribunais do Júri. Tais incisos, respectivamente, vedaram a menção a qualquer circunstância referente à prática restaurativa que possa prejudicar o acusado (como a não-adesão ao programa restaurativo, ou o descumprimento de acordo) e à equiparação da celebração de acordo como prova, ou indício de confissão da realização do delito⁹²⁰. No âmbito do PL nº 8.045 de 2010, essas alterações foram feitas no art. 421, que agora dispõe:

Art. 421. Durante os debates as partes não poderão, sob pena de nulidade, fazer referências:

(...)

IV – à negativa de participação em prática restaurativa pelo acusado, à eventual insucesso de prática restaurativa, ou a qualquer outra circunstância relacionada à prática restaurativa que possa prejudicar o acusado.

⁹¹⁸ BRASIL. **Projeto de Lei nº 8.045 de 2010...** Op. cit., p. 273-274.

⁹¹⁹ BRASIL. **4ª Relatoria Parcial...** Op. cit. p. 284.

⁹²⁰ BRASIL. **4ª Relatoria Parcial...** Op. cit. p. 83.

V – ao acordo restaurativo celebrado entre as partes, como prova ou indício de confissão do réu⁹²¹.

Somada a essa vedação, no art. 115 do PL, também foi disposto que, não havendo a celebração de acordo restaurativo, será vedada a utilização de dados obtidos na prática restaurativa como prova processual ou sua utilização como causa para aumento de eventual sanção penal no âmbito de qualquer procedimento penal.

Na Emenda nº 57 do Parecer da Comissão Técnica Especializada, sugeriu-se o acréscimo do parágrafo único ao art. 335 do PL nº 8.045/2010, adicionou o acordo restaurativo ao do rol de documentos passíveis de juntada ao processo no Tribunal do Júri, permitindo à defesa remeter ao acordo para sensibilizar os jurados, ou mesmo o MP, bem como para consideração do juiz em sede da dosimetria da pena, havendo condenação⁹²². Tal sugestão foi acatada, mas, ante a nova numeração dos artigos do PL, ela foi acrescida ao projeto como parágrafo único do art. 365.

Voltando à Emenda nº 59, nela constam duas propostas de acréscimo de um art. 97 ao capítulo II “Do Atendimento Restaurativo” no Título VI do Projeto do Novo CPP⁹²³. A primeira é referente à juntada aos autos de memorial com os nomes dos participantes na abordagem restaurativa e com os termos do acordo, para fins de sua homologação pelo magistrado. Essa proposta foi integrada ao PL e consta em seu art. 112:

Art. 112. Ao final da prática restaurativa, deve ser juntada aos autos da persecução memória com o registro dos nomes das pessoas presentes, o acordo firmado, que poderá ser homologado pelo juiz⁹²⁴.

Em atenção ao conteúdo de ambos os projetos de leis, percebe-se que o legislativo flerta com a possibilidade de institucionalização de um modelo restaurativo de justiça pautado na alternatividade com relação ao sistema penal. No caso do PL nº 8.045, todavia, a alternatividade ficou restrita somente à seara pré-processual, por força dos arts. 110, 113 e 114⁹²⁵, enquanto no campo processual elas apenas serviriam para abrandar a aplicação de

⁹²¹ BRASIL. **Projeto de Lei nº 8.045 de 2010...** Op. cit., p. 365.

⁹²² BRASIL. **4ª Relatoria Parcial...** Op. cit. p. 284.

⁹²³ BRASIL. **4ª Relatoria Parcial...** Op. cit. p. 286.

⁹²⁴ BRASIL. **Projeto de Lei nº 8.045 de 2010...** Op. cit., p. 276.

⁹²⁵ “Art. 110. A prática restaurativa penal ocorre de forma paralela ao processo judicial, devendo suas implicações ser consideradas, caso a caso, objetivando sempre as melhores soluções para as partes envolvidas e a comunidade. § 1º A prática da justiça restaurativa: I - não suspenderá a persecução penal; II - poderá ser desencadeada a qualquer momento. § 2º Na esfera penal, seus efeitos somente serão alcançados até a prolação da sentença. (...) art. 113. Cumprido o acordo restaurativo antes do recebimento da denúncia, nos casos de ação penal de iniciativa pública condicionada a representação, será declarada extinta a

eventual penal. O PL nº 7.006 de 2006, por sua vez, admite que essa alternatividade compreenda também casos já judicializados.

Nos dois projetos não se fez vedação *a priori* da possibilidade de integração de casos penais a programas restaurativos com base no quantum da pena ou na natureza do caso, reconhecendo-se que tal escolha pertence primeiramente aos envolvidos na situação. Tal ausência é, como já apontado, salutar, pois, além de potencializar o uso da JR e respeitar a escolha dos cidadãos, diminui sua chance de marginalização com base em preconceitos e influências de uma cultura institucional arraigadamente punitivista.

No referido sentido, entende-se que, embora o PL nº 8.045 de 2010 ofereça avanços em relação ao PL nº 7.006 de 2006 no que toca à consideração da manifestação de vontade da vítima e demais envolvidos diretamente no caso penal, deveria ser viabilizada a alternatividade, por motivos de coerência prática e pelas razões citadas no parágrafo anterior, também na esfera processual penal.

punibilidade; art. 114. Afora a hipótese prevista no parágrafo anterior, por ocasião da sentença, o juiz valorará o acordo homologado, conferindo-lhe eventual abrandamento da pena”. Em: BRASIL. Projeto de Lei nº 8.045 de 2010... Op. cit., p. 275-276.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Finalizando a revisão bibliográfica e as análises relativas ao seu diálogo com as leis penais e as normativas associadas à JR, a primeira conclusão que me vem à mente é que o diálogo entre JR e sistema de justiça criminal é um tema tão complexo e multifacetado que não seria possível abordá-lo com o devido aprofundamento em um único trabalho. Tantas são as perspectivas que poderiam ter sido usadas para essa finalidade e certamente outras ideias e considerações emergiriam deste exercício.

Dentre as tantas análises possíveis, a coerência com as premissas e com o método de pesquisa é um talvez o principal ponto a ser observado para contribuições efetivas emergjam, pois o esgotamento da temática, me parece, impossível, especialmente porque o tema depende e dialoga intensamente com a criatividade humana de buscar novos meios para enfrentar problemas.

Confesso também que, durante algumas tentativas de ser ilustrativo, posso ter incorrido no descuido de dar um enfoque míope a determinados temas. Talvez, feita uma análise mais profunda, com um recorte mais minucioso, o direcionamento das considerações a partir das ilustrações poderia ter sido outro, como por exemplo, quando referenciei algumas decisões judiciais sobre temáticas atreladas à JR. Embora de menor relevância para o trabalho, essas ilustrações poderiam ter sido feitas com maior rigor metodológico, mas também acredito que uma análise desse calibre renderia um trabalho autônomo. De todo o modo, parece que um novo caminho a ser traçado é compreensão e postura da jurisprudência penal em relação à JR, o que também é importante para mapear os posicionamentos institucionais nesse sentido,

Ao olhar para o trabalho como um todo, a partir das premissas da Crítica à Teoria Geral do Processo, do Modelo Restaurativo Purista, da vertente Transformativa, e da vertente expressiva do Retributivismo, somando-se às concepções de Democracia Disjuntiva e Cidadania Substancial, a possibilidade jurídica da alternatividade entre JR e intervenção penal, ao menos no âmbito pré-processual e processual mostram-se coerentes com o ordenamento jurídico brasileiro e com a análise integrada das referidas perspectivas.

Essa pesquisa panorâmica, com enfoque jurídico, entretanto, para longe de trazer respostas definitivas, teve como anseio propulsor iluminar um vasto campo de possibilidades e desafios para repensar o que as instituições brasileiras estão ou não fazendo da JR no Brasil, se isso é, ou não, benéfico a luz do projeto constitucional, da

violência estrutural do sistema penal e do potencial dos princípios e práticas restaurativas e, por fim, o que pode ainda ser feito considerando as delimitações do ordenamento jurídico e o contexto atual da nossa debilitada democracia.

Em uma tentativa de condensar as considerações frutos desta pesquisa jurídica panorâmica, passo a elencar, na ordem, as ideias extraídas dos capítulos da dissertação:

1) A ruptura com a normalização discursiva do processo penal e da pena como formas historicamente inevitáveis e universais de responder à prática de condutas criminosas, é um importante para se pensar a construção de um modelo restaurativo de justiça que dialogue com a justiça criminal para além das margens desta, favorecendo opções de alternatividade.

2) A narrativa linear e celebratória da consolidação do Estado está umbilicalmente ligada à desconstituição discursiva e vedação normativa da autocomposição como meio de reação a práticas criminosas e, conseqüentemente, ao afastamento da vítima da gestão do caso penal sob pretexto da contenção de violência.

3) O estudo de experiências comunitárias e tribais de reação aos conflitos, além de possibilitar uma maior compreensão da racionalidade vinculada aos princípios fundantes do restaurativismo purista, atestam o caráter circunstancial do sistema de justiça penal, permitindo que a ruptura supracitada seja iniciada. Não bastasse isso, o estudo dessas experiências atesta o contraste de contextos e a dificuldade de aplicação do ideal comunitário à realidade contemporânea, marcada pela fungibilidade dos componentes sociais e pela fragilidade de vínculos intersubjetivos, especialmente, em razão do alto índice demográfico e à racionalidade individualista.

4) A significação jurídica do conflito humano no conceito de caso penal e a centralização da gestão deste nas mãos dos operadores do direito, empobrece a possibilidade de fortalecimento dos vínculos relacionais afetados pelo conflito, bem como diminui a compreensão dos elementos sociais e materiais que colaboraram com as causas e conseqüências da conduta criminosa.

5) A crise de legitimidade do sistema de justiça e a carência de recursos humanos para enfrentar a demanda por seus serviços incitou a instrumentalização da autocomposição como opção gerencial de resgate de legitimidade do judiciário, valendo-se de narrativas de reafirmação da cidadania e humanização desse sistema o que, pelo menos na justiça penal, em termos macro institucionais.

6) Emprestando as conclusões de Caldeira e Holston, sopesadas com as demais referências dessa dissertação, tem-se que a democracia brasileira apresenta um caráter disjuntivo ante a crescente disparidade em termos de acessibilidade a direitos fundamentais entre as diversas camadas da população e em razão do direcionamento da violência institucional penal às classes sociais mais vulneráveis. Assim, o perfil da cidadania brasileira é formalmente inclusivo, pela facilidade de qualificação do sujeito enquanto cidadão, mas substancialmente exclusiva, pois apenas parte da população tem pleno acesso aos seus direitos fundamentais. Além disso, a violência produzida pelo sistema penal fortalece a segregação e a desigualdade, contribuindo para a perpetuação da marginalização de grupos sociais menos favorecidos e para o ciclo de violência e criminalidade que esse mesmo sistema declara combater.

7) A JR corre o risco de ser funcionalmente empobrecida como uma alternativa gerencial de casos penais de menor complexidade, especialmente pela cultura institucional de preservação da via punitiva como única resposta válida ao crime. A superação dessa opção pode se dar pela clarividência do sistema penal como um reprodutor de violência e pela construção de uma narrativa de resgate do ideal comunitário e de cidadania a partir da democratização dos espaços de gestão de conflitos de natureza penal. Essa democratização, por si só, não parece ser suficiente para a superação de problemas sociais de ordem estrutural, portanto, faz-se necessário também a integração interinstitucional em torno de dever de promoção da acessibilidade de direitos fundamentais e da inclusão social, em conjunto com o esforço cidadão, para se restaure não apenas os vínculos das pessoas entre si, mas vínculos delas com o Estado.

8) As razões para a institucionalização da JR podem ser extraídas do ordenamento jurídico, inclusive a partir de dispositivos constitucionais que favorecem a preservação de direitos fundamentais, a contenção do poder punitivo e tratam dos compromissos da República Federativa do Brasil com a construção de uma sociedade solidária, fraterna, pluralista e comprometida com a solução pacífica de controvérsias, o que vai de encontro com a produção dos efeitos destrutivos e segregadores do sistema de justiça criminal vigente,

9) O poder judiciário possui uma função política de salvaguardar o respeito a direitos e promover a coesão social em torno da harmonia relacional conforme aos valores fundamentais preconizados pelo ordenamento jurídico. As práticas restaurativas colaboram para o cumprimento dessa função e possibilitam um resgate da legitimidade do sistema de justiça por meio da recepção da dimensão humana e relacional do conflitos, do

compartilhamento de responsabilidade por sua gestão com os cidadãos e viabilizando a criação de pontes entre o mundo jurídico e a experiência real vivenciada pelas pessoas. Isso colabora para que o trabalho da justiça vá além da construção de uma paz jurídica e implique, efetivamente, em uma paz relacional.

10) O processo penal, enquanto uma via efetiva de proteção de garantias do cidadão em face à aplicação arbitrária do poder punitivo, apenas se justifica quando da adoção de uma estrutura acusatória. O processo penal acusatório se baseia na reconstrução jurídico-linguística, do fato pretérito qualificado como caso penal, a partir do devido exercício do contraditório. O processo, em razão das garantias que lhe são inerentes, é o único meio legítimo para viabilizar o accertamento do caso penal e, conseqüentemente, legitimar a aplicação da pena. Assim sendo, as práticas restaurativas não podem operar como substitutivos do processo para viabilizar a aplicação de penas, e sim como meios alternativos de responsabilização do autor da ofensa e de produção de respostas ao caso penal que não correspondam à punição.

11) Os princípios do processo penal usualmente aventados como óbices à institucionalização das práticas restaurativas são invocados em um contexto ideal que considera a inserção dessas práticas no rito processual, o eleva barreiras sob o pretexto de preservar essência garantista e racional do processo. Tal problema, entretanto, é superado quando se trabalha com a perspectiva de alternatividade ou de realização paralela das práticas restaurativas ao processo. Essa opção, inclusive, é a mais adequada em razão da tipicidade dos atos processuais, da ausência de previsão legal nesse sentido e da necessidade de se evitar contaminação racionalidade restaurativa com a processual (o que pode resultar em quimeras ainda mais violentas). Os princípios de processo penal, portanto, não inviabilizam a realização das práticas restaurativas em casos penais, mas fornecem contornos em relação aos seus efeitos jurídicos e o modo de interação entre a JR e o sistema de justiça criminal. Além disso, tais princípios alertam para cautelas operacionais quando do contato entre a via restaurativa com o processo penal, o que também favorece a preservação das garantias processuais.

12) O princípio do contraditório não é maculado pela realização das práticas restaurativas, especialmente porque ele apenas se aplica em um contexto processual e não faz sentido no âmbito restaurativo, cujo poder de decisão é compartilhado e no qual impera a lógica da cooperação e do consenso. Dessa forma, o contraditório, diretriz de equilíbrio adversarial, serviria para assegurar o acesso e possibilidade da manifestação das partes processuais em relação aos documentos provenientes das práticas restaurativas que venham

a integrar o processo, bem como em relação ao equilíbrio de eventuais debates sobre os efeitos jurídicos provocados pelas práticas restaurativas no âmbito processual.

13) A presunção de inocência não é violada pela realização das práticas restaurativas, porque já existem normativas brasileiras, como a Resolução nº 225 de 2016 do CNJ, que vedam associar a adesão a programas restaurativos com o reconhecimento de culpa. Ainda que fosse o caso, a confissão é uma liberalidade do sujeito e a participação em práticas restaurativas deve ser regida pela voluntariedade.

14) O princípio da obrigatoriedade da propositura da ação penal vem sendo tendencialmente relativizado desde a promulgação da Constituição Federal da República de 1988. Na prática, o art. 28, *caput*, do CPP, tanto antes quanto após a publicação da Lei nº 13.964 de 2019, torna viável o arquivamento de investigações a partir de juízos de oportunidade, bastando que as instâncias fiscalizatórias/homologatórias acatem as razões invocadas pelo promotor que determina o arquivamento. Apesar disso, o uso das práticas restaurativas e seus resultados como alternativas à persecução penal não depende da negação do princípio da obrigatoriedade, mas da ampliação do conceito de justa causa a partir, por exemplo, da noção da conexão instrumental do processo com a punição, da instrumentalidade constitucional do processo como via de preservação dos direitos fundamentais do réu, e da concretização casuística do princípio da *ultima ratio*.

15) O espaço de intervenções da vítima no processo penal, para além do procedimento sumaríssimo, ainda está vinculado ao apoio na concretização do poder punitivo sobre o acusado. A ampliação dos espaços da vítima no campo processual, consequentemente, tem sido norteados por esse pressuposto. Paralelamente, conforme pode ser constatado pelas previsões na Resolução nº 181 de 2017 do CNMP e na Resolução nº 253 de 2018 do CNJ, as instituições estão prestando mais atenção na necessidade viabilizar um acolhimento e atendimento multidisciplinar à vítima e aumentar as chances de reparação ou minimização dos danos causados pela prática criminosa. Essa última tendência vem sendo acompanhada do compartilhamento desse ônus com o autor da ofensa (vide o acordo de não-persecução penal). Da mesma forma, o conceito de vítima tem sido elástico para as pessoas que indiretamente são afetadas pela prática criminosa, o que vai ao encontro dos princípios da JR de compreender o crime também como uma ofensa a relacionamentos.

16) O princípio retributivo oferece um fundamento mais adequado para impedir o exercício arbitrário da punição sobre o cidadão. Tal fundamento consiste na necessidade de censurar ou reprovar, proporcionalmente, o ator do ato criminoso porque (i) ele violou,

direta ou indiretamente, os direitos de outro ser humano e (ii) maculou, consequentemente, valores que viabilizam uma convivência harmônica, pacífica e inclusiva, que são expressados na norma. Desse fundamento extrai-se a finalidade imediata da punição, que corresponde a comunicar ao autor da ofensa, à vítima e à coletividade a reprovabilidade e inadmissibilidade do ato cometido. Deduzindo-se essa finalidade imediata, encontra-se a finalidade última da punição que, ao expressar a reprovação da conduta praticada, tem como fito ressaltar um padrão de comportamento que viabiliza uma convivência social harmônica e pacífica, adequando, assim, várias expectativas e desejos individuais a um referencial comum que garante a coesão social.

17) A imposição intencional de dor, que qualifica a censura como punição (pena), é dispensável se há outros meios menos traumáticos de expressar a reprovabilidade à ofensa e cumprir com os fundamentos e finalidades da punição, especialmente em atenção ao princípio da *ultima ratio*. Sendo assim, ainda que se vislumbre tipicidade aparente, punibilidade concreta e indícios de autoria e materialidade do ato criminoso na situação específica, se as práticas restaurativas promoverem a responsabilização do autor da ofensa por meio comunicação da censura, viabilizarem a reparação do dano, e contribuir para a consolidação da paz social a partir da experiência dialógica e do cumprimento do acordo restaurativo, não haveria justa causa para se exercer a persecução penal, pois a punição se tornaria desnecessária.

18) A vertente purista da JR é mais coerente com a preservação dos pressupostos dialógicos do resgate da importância da vítima que diferenciam as práticas restaurativas de outros rituais de construção de resposta ao conflito. A adoção da vertente maximalista como modelo de referência, por sua vez, aumenta os riscos de cooptação e instrumentalização da JR pelo sistema penal, tornando-a uma via de punição alternativa, e não uma efetiva alternativa à punição baseada na construção da responsabilidade e no resgate da cidadania pela via dialógica da alteridade.

19) São necessários critérios objetivos para distinguir e mensurar o que são iniciativas restaurativas. Nesse sentido, as teorias do encontro, da reparação e da transformação podem operar conjuntamente como linhas balizadoras dos indicadores restaurativos a serem adotados por determinado programa. Assim, a partir da revisão bibliográfica e normativa realizada é possível concluir que os principais objetivos das práticas restaurativas e indicadores de restauratividade são: (i) a oportunização, a partir de um espaço seguro e democrático de diálogo, da transformação da experiência da vítima, do autor da ofensa e das pessoas (in)diretamente afetadas pelo crime em um objeto de

narrativa; **(ii)** permitir que as pessoas possam ter acesso a mais informações para compreender as escolhas e circunstâncias que resultaram na prática delituosa e nas consequências dela para suas vidas; **(iii)** oferecer um espaço seguro e respeitoso para a “prestação de contas” do ofensor à vítima e/ou os familiares desta, oportunizando-se a comunicação da censura e responsabilização do autor da ofensa; **(iv)** viabilizar interações e reflexões que favoreçam o desenvolvimento de empatia e a restauração das relações afetadas pelo conflito, a fim de que os participantes se reconheçam como cidadãos dignos de respeito; **(v)** dar oportunidade para a construção consensual de um plano/acordo/declaração que materialize a censura ao ato delituoso e trace compromissos a serem assumidos pelo autor da ofensa para minimizar as consequências negativas do delito, restabelecendo-se a harmonia dos relacionamentos afetados em conformidade com os valores dos participantes e com o ordenamento jurídico; **(vi)** viabilizar a restauração de laços entre os cidadãos com o Estado, permitindo que o serviço público ofereça suporte à vítima e contribua com a efetivação de direitos fundamentais dos participantes, favorecendo a inclusão social do autor da ofensa a fim de minimizar as chances de perpetuação da violência.

20) Os principais atores das práticas restaurativas são o ofendido pela ofensa, o responsável pela ofensa, os apoiadores, que representam a figura comunitária e os facilitadores. As práticas pressupõem o dever de *accountability* do autor da ofensa, de reparar ou minimizar os danos que causou, o dever da vítima de não utilizar o espaço restaurativo para humilhar o seu ofensor, o dever dos apoiadores de contribuírem com a responsabilização do ofensor e com o apoio para que ele e a vítima sejam devidamente reintegrados socialmente e o dever dos facilitadores de criar um espaço seguro, respeitoso e democrático de diálogo, incentivando a autonomia dos participantes. Os operadores do direito têm um papel fiscalizatório da validade e legalidade do consenso proveniente das práticas restaurativas e, enquanto figuras de autoridade e inseridas em um contexto adversarial, devem se abster de participar diretamente dessas práticas. Ainda, a figura da comunidade, na prática, se mostra muito mais como um ideal a ser atingido pela construção e fortalecimento de vínculos durante o procedimento restaurativo, do que uma coletividade que exista e se reconheça como tal previamente à realização da experiência restaurativa.

21) A institucionalização das práticas restaurativas no exterior está mais vinculada à experiência em países anglo-saxões de sistema jurídico de *common law*. A institucionalização das JR nesses contextos partiu, em relação às práticas circulares e conferenciais, do resgate das narrativas atinentes à ancestralidade e tradições de povos

nativos. No caso da mediação vítima-ofensor, a sua institucionalização dependeu da força dos movimentos pelos direitos das vítimas. Nos países em que essas narrativas foram importadas, sem a devida participação da população na sua construção, como o caso da Austrália, os efeitos democratizantes e de integração social e interinstitucional da JR foram minimizados.

22) A partir das normativas regulamentadoras das práticas restaurativas, em âmbito nacional e internacional, pode-se extrair o seu norteamento por princípios de matriz filosófica como: **(i)** a noção de crime enquanto violação direta ou indireta de pessoas e relacionamentos, **(ii)** a pressuposição de que o crime gera obrigações para as pessoas envolvidas e afetadas por ele, assim como para o Estado e para a sociedade, **(iii)** o princípio da corresponsabilidade, **(iv)** da censura, **(v)** da inclusão, **(vi)** da maximização da autonomia e **(vii)** da proporcionalidade. Os princípios de matriz operacional, que são extraídos dos primeiros, correspondem: **(i)** à voluntariedade, **(ii)** à consensualidade, **(iii)** à decisão informada, **(iv)** à confidencialidade, **(v)** à segurança, **(vi)** à horizontalidade no tratamento, **(vii)** à imparcialidade dos facilitadores, **(viii)** ao diálogo e **(ix)** à reparação.

23) A JR brasileira está sendo exercida prioritariamente nas áreas infracionais da juventude, nos casos de crimes de menor potencial ofensivo e em algumas situações de violência doméstica. Apesar de sua marginalização no campo penal, há exemplos de experiências locais no Brasil que demonstram o potencial que a JR possui para promover a integração interinstitucional e impulsionar uma cultura de inclusão, diálogo e compartilhamento de responsabilidades entre o plano institucional e os cidadãos, o que potencializa o exercício da democracia. Nesse sentido, já há referências nacionais e na América Latina, que demonstram o potencial social e estruturalmente transformador da JR para além de uma via operacional de resolução de conflitos. A desigualdade, a segregação e a violência social e institucional no Brasil, em vez de servirem como óbices à institucionalização da JR, apontam para a importância da construção de uma JR autenticamente brasileira. Nessa perspectiva os cidadãos e o Estado poderão colaborar entre si em relação ao gerenciamento da justiça, a contenção do poder punitivo e a ampliação da acessibilidade a direitos fundamentais.

24) A via pré-processual também favorece a consolidação de um modelo de alternatividade entre JR e processo penal, em razão da inserção de práticas restaurativas como medidas alternativa para o cumprimento das condições do ANPP e pelo fato de que a participação nas práticas restaurativas, a reparação do dano e superação das possíveis causas e consequências do delito, por meio do apoio multidisciplinar à vítima e autor da

ofensa, viabilizando-se a harmonização relacional conforme o ordenamento jurídico, desconfigura a justa causa para o ajuizamento da ação penal. A realização das práticas restaurativas no âmbito pré-processual dependerá da existência de indícios de autoria e materialidade do fato e da convergência de relatos entre vítima e suposto ofensor sobre os fatos essenciais do caso. O momento mais propício para o início das práticas é após o envio dos documentos de investigação para o MP.

25) A verificação objetiva da comunicação da censura do autor da ofensa pode ser aferida: **(i)** pela sua participação na prática restaurativa e assinatura em listas de presença; **(ii)** pelos termos constantes no acordo restaurativo, que podem apontar as responsabilidades determinadas ao protagonista ofensor como forma de reparar os efeitos negativos do crime, demonstrar a compreensão da reprovabilidade de seus atos e superar fatores que favoreceram a prática delituosa (tratamento para vícios, etc.).

26) A reparação ou minimização do dano causado pela conduta do protagonista ofensor à vítima e à coletividade pode ser verificada e considerada juridicamente a partir da: **(i)** participação de pessoas indiretamente afetadas pela ofensa na prática restaurativa, quando possível; **(ii)** delimitação, objetiva, nos termos do acordo restaurativo, das consequências negativas da conduta, que devem reparadas ou minimizadas por parte do autor da ofensa; **(iii)** descrição objetiva de eventuais limitações do autor da ofensa para reparar integralmente os danos; **(iv)** descrição das prestações a serem realizadas pelo ofensor com os respectivos prazos tidos como razoáveis para tanto, seja em benefício da vítima, seja em benefício da coletividade, por meio de serviço comunitário ou alguma ação beneficente; **(v)** fiscalização do cumprimento do acordo e seu atestamento, ou não, a partir de diligências de técnicos da rede de proteção do poder executivo, ou técnicos do sistema de justiça quando não existam convênios nesse sentido.

27) A tomada de medidas pelos participantes das práticas restaurativas e pelo Estado, na linha de promover a reintegração social do autor da ofensa e da vítima para restaurar a harmonia relacional e a sensação de segurança maculadas, pode ser verificada a partir dos seguintes elementos: **(i)** conclusões, constantes nos próprios termos de acordo, acerca da necessidade de encaminhamento dos protagonistas para algum apoio psicológico, tratamento em casos, por exemplo, de desintoxicação por vício em entorpecentes, e assistência social, na circunstância, por exemplo, do desemprego ser compreendido pelos envolvidos como algo que favoreceu a prática delitiva; **(ii)** encaminhamento efetivo dos envolvidos a esses programas, cujo comprovante de atendimento seria anexado aos documentos comprobatórios de cumprimento do acordo e juntados na determinação de

arquivamento da investigação ou apresentados ao juiz competente para julgar o processo para que ele verifique se há superveniência de falta de justa causa ou apenas impactos que devem ser considerados quando do sentenciamento.

28) No campo processual, referente ao procedimento penal comum ordinário e sumário, o princípio da indisponibilidade do processo penal pelo MP não inviabiliza a alternatividade entre práticas restaurativas e este, pois é juridicamente possível o reconhecimento superveniente da ausência de justa causa conforme a interpretação já apresentada. Além disso, os efeitos positivos das práticas restaurativas podem ser considerados para fins de dosimetria da pena, como redução das consequências negativas do delito e como atenuante genérica, contribuindo também para a estipulação de um regime de cumprimento mais benéfico da pena caso o juiz opte pela condenação.

29) As propostas legislativas referentes à institucionalização da JR na seara penal apontam para a ausência de restrições das práticas restaurativas a determinados tipos de crimes. Apesar disso, o PL nº 8.045 de 2010, ao contrário do PL nº 7.006 de 2006, dá indícios de que a opção pela alternatividade entre JR e persecução penal apenas poderá ocorrer se as práticas forem realizadas no período pré-processual, embora o PL nº 8.045 também permita a possibilidade de perda superveniente de justa causa para a persecução penal após o ajuizamento da ação penal.

30) A construção da JR brasileira, para superar a sua percepção reducionista e empobrecedora como uma mera via de operacionalização alternativa de controle social, pode ser feita em conjunto com a população e não de modo vertical pelas instituições. Os ideais restaurativos de promoção da autonomia, da cidadania substancial e da democracia, dependem de uma narrativa e de um movimento que pode ser incentivado de cima, mas, para ser socialmente transformador, deve ser sustentado pela adesão e participação popular. A apropriação da JR pelo sistema de justiça sem o diálogo com as outras instituições, como escolas, poder executivo e mesmo a iniciativa privada, vai de encontro a uma cultura restaurativa de compartilhamento de poderes e responsabilidades. Assim, uma das vias possíveis para construir uma JR brasileira parte da ressignificação popular dos conceitos de cidadania, justiça, crime e democracia em prol de resgatar um ideal comunitário e um compromisso conjunto de construir uma sociedade livre, inclusiva, justa, plural e que priorize a solução pacífica de controvérsias. Para tanto, o debate e os tensionamentos trazidos pela JR em relação à forma como os seres humanos estão desenvolvendo vínculos sociais e como o sistema de justiça penal produz e reproduz segregação e violência, merecem ser levados às escolas, rádios, audiências públicas e divulgados pelos canais de

comunicação. Considerando o cenário atual, o desafio para consolidar um restaurativismo brasileiro para além das margens do sistema de justiça criminal parece estar mais atrelado à uma transformação cultural e à criação de uma narrativa restaurativa formulada e apropriada pela sociedade brasileira e suas instituições, do que à promulgação de uma lei que regulamente a JR.

Finalizo essa dissertação apontando que o panorama realizado, ao mesmo passo que aponta para possibilidades, também traz à tona novas dúvidas e incertezas que merecerão maior e mais específica atenção em estudos posteriores. Como exemplo delas pode-se citar o fato de que a ausência de regulamentação específica dos efeitos das práticas restaurativas traz certa insegurança e riscos de tratamentos não isonômicos por parte do MP e do Poder Judiciário em relação às interpretações aqui adotadas. Da mesma forma, a aparente solução para esse problema parece caminhar na igualmente arriscada regulamentação restritiva em virtude do forte apego a perspectivas jurídicas mais tradicionais e vinculadas a noções punitivistas. Ainda, o cenário social e político polarizado é desfavorável para a construção de uma cultura de diálogo e integração, de modo que a agenda restaurativa parece estar ainda muito distante da lista de prioridades nas agendas políticas.

Além disso, o estudo realizado neste trabalho foi direcionada aos crimes com vítimas diretas e específicas, enquanto significativa parcela da clientela do sistema punitivo é fruto de crimes sem vítimas individuais, como o tráfico de drogas. Pensar construção de um modelo restaurativo que dialogue com a justiça criminal também demanda o pensar os limites e possibilidades da via restaurativa em casos como esses, o que implica em ponderar temas complexos como o risco da contaminação da racionalidade restaurativa por lógicas moralizadoras frutos de contextos específicos. A mesma situação se aplica a crimes de colarinho e crimes ambientais, como é possível preservar ou reinventar a essência restaurativa nessas situações? Ou ainda, seria a JR a ferramenta mais adequada nessas circunstâncias?

Dúvidas também surgem em casos de crimes como homicídios e lesões gravíssimas, em que os danos são permanentes e além de qualquer tipo de reparação. Como trabalhar com a ideia de alternatividade em casos em que o dano seja irreparável em que a vítima direta esteja morta? A intuição para apontar que a JR não se mostra suficiente para promover a censura nesses casos, mas será que não se trata mais de uma questão de premissa do que de limitação quantitativa? O que as vítimas mutiladas ou as famílias das vítimas assassinadas teriam a dizer sobre isso? A pesquisa empírica parece ser o caminho para pensar nessas respostas.

Ainda, mesmo que haja recepção da JR como modelo alternativo à justiça penal e se forme um movimento de incentivo institucional nesse sentido, não haveria o risco de se violentar as vítimas transferindo-as, indiretamente, o peso de influenciar se o caráter da sua responsabilização será mais construtivo ou mais destrutivo? Até que ponto a JR promove ou não a revitimização quando oportuniza uma escolha para a vítima participar de uma prática restaurativa? A vítima pode se sentir moralmente ou socialmente pressionada a participar de um encontro que, talvez, apenas a relembre de feridas que ela quer esquecer? Nesse sentido, seria salutar a imprecisão das consequências jurídicas das práticas restaurativas? É certo que a JR não mira isentar o ofensor de encarar a responsabilidade penal, contudo, como abordado, as consequências positivas das práticas restaurativas não podem ser tecnicamente ignoradas para fins de responsabilização do autor da ofensa. Assim, novamente, parte da resposta a essas questões parece depender da pesquisa empírica envolvendo à consulta às vítimas convidadas para os programas restaurativos e também àquelas que já participaram das iniciativas restaurativas.

Outra questão inquietante, para além da marginalização, é o uso da JR como envernizamento da violência e culpabilização individual por problemas vinculados também a questões estruturais. A superação da violência estrutural brasileira não parece depender somente do uso de experiências dialógicas e reparações como meios de superação da violência estrutural, mas também de mudanças culturais e reformas de base cuja compreensão e pesquisa demanda esforços transdisciplinares envolvendo racionalidades para além da deontologia jurídica. Assim, o diálogo entre as Ciências Sociais, a Psicologia e o Direito se mostra um possível caminho para pesquisas futuras a fim de que a JR seja analisada e (re)pensada de forma multidimensional.

Ainda, para além de revisões bibliográficas e repetições de mantras restaurativos que apontam o dedo para as evidentes falhas do sistema penal, a construção de um modelo restaurativo de justiça depende de experiências práticas e avaliações empíricas de projetos das mais diversas naturezas. Mesmo abrindo os olhos para novas possibilidades a teoria sem ser testada e alimentada pela prática, arrisca se tornar um eco aos ventos, ao passo que a prática sem critério e clareza de princípios, incorre no erro de causar novos problemas ou colaborar para a permanência dos velhos.

Por fim, assumindo as diversas limitações e necessidades de aprofundamento desse trabalho, penso que esse panorama seja mais um convite para pensarmos fora da caixa e testarmos o potencial da JR do nos darmos por satisfeitos com as considerações deste ou de

qualquer outro trabalho, afinal “a história é tempo de possibilidade e não de determinismo”⁹²⁶.

⁹²⁶ FREIRE, Paulo. **Pedagogia da Autonomia...** Op. cit. p. 21.

REFERÊNCIAS

ACHUTTI, Daniel Silva. **A crise do processo penal na sociedade contemporânea: uma análise a partir das novas formas de administração da justiça criminal**. Porto Alegre: Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, Dissertação, 2006.

ACHUTTI, Daniel Silva. **Justiça Restaurativa e Abolicionismo Penal: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil**. 278 f., Tese, Faculdade de Direito, PUC-RS, 2012.

ACHUTTI, Daniel Silva; PALLAMOLLA, Raffaella. **Justiça Restaurativa no Brasil: Análise Crítica do Projeto de Lei n. 7.006/2006**. **Anais da VI Mostra Científica do Cesuca**, Cachoeirinha, v. 1, n. 7, 2013.

ALESSI, Gil. **“Tortura de Jovem tatuado na testa foi feita para ser consumida nas redes”**. *El País*, São Paulo: 14 de jun. de 2017. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2017/06/13/politica/1497374163_459335.html.

ALMEIDA, Tania. **Caixa de Ferramentas em Mediação: Aportes práticos e teóricos**. 2 ed., São Paulo: Dash Editora, 2016.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão da segurança jurídica: do controle da violência a violência do controle penal**. 3ª ed., Curitiba: Livraria do Advogado, 2015.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de (org). **Pilotando a Justiça Restaurativa: o papel do poder judiciário**. Em: *Justiça Pesquisa, Direitos e Garantias Fundamentais*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2018.

ARLÉ. Danielle de Guimarães Germano. **Justiça Restaurativa, os programas de justiça restaurativa, os processos restaurativos e as práticas restaurativas**. Em: ARLÉ. Danielle de Guimarães Germano. **Mediação, Negociação e Práticas Restaurativas no Ministério Público**. 2ª ed. Belo Horizonte: D'Plácido, p. 237 – 261, 2017.

ARMOUR, Marilyn P.; UMBREIT, Mark S. **The Paradox of Forgiveness in Restorative Justice**. Em: *Handbook of Forgiveness*. Minneapolis: University of Minnesota, Center for Restorative Justice & Pacemaking, p. 1-14, 2004.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. **Conciliar ou Punir? Dilemas do Controle Penal na Época Contemporânea**. Em: CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre. **Diálogos sobre a justiça Dialogal: Teses e Antíteses sobre os Processos de Informalização e Privatização da Justiça Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 55-79, 2002.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de; PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Alternativas de Resolução de Conflitos e Justiça Restaurativa no Brasil**. *Revista USP*, São Paulo: n. 101, p. 173-184, março/abril 2014.

BARBIÉRI, Luiz Felipe. **CNJ registra menos de 812 mil presos no país; 41,5% não têm condenação**. G1, Brasília, 17 de julho de 2019. Disponível em:

<https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/07/17/cnj-registra-pelo-menos-812-mil-presos-no-pais-415percent-nao-tem-condenacao.ghtml>.

BARNETT, Randy. **Restitution: a new paradigm of criminal justice**. Em: JOHNSTONE, Gerry (ed.). **A Restorative Justice Reader**. Cullompton: Willan Publishing, p. 46- 56, 2003.

BARRETO, Tobias. **Estudos de Direito**. Campinas: Bookseller, 2000.

BARROS, Flaviane de Magalhães. **A Participação da Vítima no Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen, 2008.

BARROS, Francisco Dirceu. **O arquivamento do inquérito policial pelo ministério público após a lei anticrime**. Genjuridico:09 de jan. de 2020. Disponível em: http://genjuridico.com.br/2020/01/09/inquerito-policial-lei-anticrime/#_ftn9.

BAYER, Diego; AQUINO, Bel. **Caso da Escola Base, Aclimação, São Paulo (1994)**. Justificando: 10.12.2014. Disponível em: <http://justificando.com/2014/12/10/da-serie-julgamentos-historicos-escola-base-a-condenacao-que-nao-veio-pelo-judiciario/>.

BAZEMORE; Gordon; UMBREIT, Mark. A Comparison of Four Restorative Conferencing Models. **Juvenile Justice Bulletin**. Washington: U.S Department of Justice, fevereiro, p. 1-19, 2001.

BELCHIOR, Marcela. Caso Escola Base completa 20 anos e acusados ainda buscam recomeço. Adital, notícias da América Latina e Caribe, 21.03.2014. Disponível em: <http://site.adital.com.br/site/noticia.php?lang=PT&cod=79884>.

BELOOF, Douglas E. The Third Wave of Crime Victim's Rights: Standing, Remedy, and Review. **BUE Law Review**. Article 1, Issue 2, p. 256- 365, 2005.

BENTHAM, J. **Teoria das penas legais**. São Paulo: Edições Cultura, 1943.

BITTENCOURT, Edgard de Moura. **Vítima**. São Paulo: Editora Universitária de Direito Ltda., 1978.

BITTENCOURT, Mariana. **Escola Base: aniversário do sensacionalismo**. Viés. 07.07.2011. Disponível em: <http://www.ufrgs.br/vies/vies/escola-base-aniversario-do-sensacionalismo/>.

BOBBIO, Norberto. **Da Estrutura à Função**: Novos Estudos de Teoria do Direito. Barueri (SP): Manole, 2007,

BONAVIDES, Samia Saad Gallotti; SILVA, Mário Edson Passerino Fischer da. **Descrição do Projeto-Piloto Família Restaurativa**: Possibilidades, desafios e limites do uso de práticas restaurativas quando a violência contra a criança e o adolescente é utilizada sob o pretexto disciplinar. Ponta Grossa. II Fórum de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos e Direitos Humanos, 2019, p. 4-6. Disponível em: https://unisecal.edu.br/wp-content/uploads/2019/09/DESCRI%C3%87%C3%83O_DO_PROJETO-PILOTO_FAM%C3%8DLIA_RESTAURATIVA.pdf.

BOONIN, D. **The problem of punishment**. New York: Cambridge University Press, 2008.

BORGES, Clara Maria Roman. **Jurisdição e normalização**: uma análise foucaultiana da jurisdição penal. Curitiba: tese de doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação da UFPR, UFPR, 2005.

BORGES, Guilherme Roman. **Violência e Mediação**: a trágica busca de um “justo metábole”. Curitiba: IFDDH, 2015.

BORGES, Guilherme Roman. **Violência e Mediação**: impressões jusfilosóficas. Curitiba: **Revista da Unicuritiba**, v.1, n.30, fl. 112-137, 2013.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. 16 ed., Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010.

BRAITHWAITE, John; PETTIT, Philip. **Not just Deserts**: a Republican Theory of Criminal Justice. Oxford: Clarendon Press, 1990.

BRAITHWAITE, John. **Reintegrative Shaming**. Canberra: Australian National University, 2000.

BRANCHER, Leoberto. **A paz que nasce de uma nova justiça**. Caxias do Sul: Ajuris, TJRS, 2014.

BRANCHER, Leoberto. **Apresentação**. Em: PRANIS, Kay. **Círculos de Justiça Restaurativa e de Construção de Paz**: Guia do Facilitador. Porto Alegre: Ajuris, 2011.

BRASIL. **4ª Relatoria Parcial**: dos Recursos em Geral, Disposições Gerais sobre as medidas cautelares, das medidas cautelares pessoais (arts. 458 a 611) e da Justiça Restaurativa. Brasília: Congresso Nacional, Relator Paulo Teixeira, 2017

BRASIL. **Acórdão na Ação Direta de Inconstitucionalidade número 2.649/DF**. Brasília, Supremo Tribunal federal, Relatora: Cármen Lúcia, julgamento em 8-5-2008, publicado no DJE de 17-10-2008, p. 4-5. Disponível em:
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=555517>.

BRASIL. **Brasil tem 48% da população sem coleta de esgoto, diz Instituto Trata Brasil**. Senado Federal Notícias, Brasília, 25.09.2109. Disponível em:
<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/09/25/brasil-tem-48-da-populacao-sem-coleta-de-esgoto-diz-instituto-trata-brasil>.

BRASIL. **Comissão do novo CPP debate Justiça Restaurativa**. Distrito Federal: Câmara dos Deputados, 04 de out. 2016. Disponível em:
<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITO-E-JUSTICA/517064-COMISSAO-DO-NOVO-CODIGO-DE-PROCESSO-PENAL-DEBATE-JUSTICA-RESTAURATIVA-NESTA-TERCA.html>.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Congresso Nacional, 1988.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Brasília: Congresso Nacional,

1940.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941.** Brasília: Congresso Nacional, 1941.

BRASIL. **Decreto-lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943.** Brasília: Congresso Nacional, 1943.

BRASIL. **HC nº 130699 SP 2009/0042025.** Brasília: Relator Sebastião Reis Júnior, data da publicação: 22/05/2015.

BRASIL. **Infopen:** levantamento nacional de informação penitenciária. Brasília: Depen, Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2017, p. 7. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf.

BRASIL. **Justiça em Números 2016.** Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016.

BRASIL. **Justiça em números 2017.** Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2017.

BRASIL. **Justiça em Números 2019.** Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2019

BRASIL. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.** Brasília: Congresso Nacional, 1995.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Brasília: Congresso Nacional, 2015.

BRASIL. **Metas Nacionais para 2017 Aprovadas no 10º Encontro Nacional do Poder Judiciário.** Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2017. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/02/a2f4fc314db2ec5f39bb0615aba58b6a.pdf>.

BRASIL. **Parâmetros para a Capacitação de Conciliadores e Mediadores Judiciais.** Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2018. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2015/11/f77e921c7630dcc34e5d09519457e05f.pdf>.

BRASIL. **Projeção da população do Brasil e das Unidades da Federação.** Brasília: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, 24 de dezembro de 2019. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/>.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 7006 de 10 de maio de 2006.** Brasília: Congresso Nacional, 2006.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 8.045 de 2010.** Brasília: Câmara dos Deputados, 2010, p. 327. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1668776.

BRASIL. **Resolução n. 118 de 1º de dezembro de 2014.** Brasília: Conselho Nacional do Ministério Público, 2014.

BRASIL. **Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2010.

BRASIL. **Resolução nº 225 de 31 de maio de 2016**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016.

BRASIL. **Sobre o FONAJE**. Brasília: Associação dos Magistrados Brasileiros. Disponível em: <https://www.amb.com.br/fonaje/>.

BREDA, Antônio Acir. Efeitos da Declaração de Nulidade no Processo Penal. **Revista do MP do Paraná**, Curitiba, ano 9, nº 9, p. 171 -189, 1980.

BRIDGE, Kathryn; NEARY, Kevin. **Voices of the elders: huu-ay-aht histories and legends**. Vancouver: Heritage, 2013.

BRITISH COLUMBIA. **Aboriginal Family Healing Court Conferences**. Vancouver: Provincial Court, 2018. Disponível em: <https://www.provincialcourt.bc.ca/enews/enews-23-01-2018>.

CABRAL, Rodrigo Ferreira Leite. **O acordo de não-persecução penal criado pela nova Resolução do CNMP**. CONJUR, 18 de setembro de 2017. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2017-set-18/rodrigo-cabral-acordo-nao-persecucao-penal-criado-cnmp>.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Um Panorama sobre o Acordo de Não-Persecução Penal**. Em: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; DO Ó SOUZA, Renee; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Acordo de Não Persecução Penal**. Juspodivm, p. 1-32, 2018.

CADOPPI, Alberto; DONINI, FORNASARI, Gabriele; GAMBERINI, Alessandro; INSOLERA, Gaetano; MANES, Vittorio; MAZZACUVA, Nicola; Massimo; PAVARINI, RAMPONI, Luca; ROSONI, Isabella; Massimo; ZANOTTI, Marco. **Introduzione al sistema penale: Volume I**. 2ª ed., Torino: Giappichelli, 2006.

CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. **Cidade de muros: Crime, segregação e cidadania em São Paulo**. 2ª ed., São Paulo: Editora 34 e Editora USP, 2003.

CANÁRIO, Pedro. **Pacote anticrime acaba com decretação de preventiva de ofício**. Conjur, 27 de dezembro de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-dez-27/pacote-anticrime-acaba-decretacao-preventiva-oficio>.

CARVALHO, Luiza Maria S. dos Santos de. **Notas sobre a promoção da equidade no acesso e intervenção da Justiça Brasileira**. Em: SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes. **Justiça Restaurativa**. Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), Brasília, p. 211-224, 2005.

CENTRE FOR JUSTICE AND RECONCILIATION. **Circles**. Prison Fellowship International, 2020. Disponível em: <http://restorativejustice.org/restorative-justice/about-restorative-justice/tutorial-intro-to-restorative-justice/lesson-3->

[programs/circles/#sthash.esz3Ugv5.qMpnS5Kb.dpbs.](#)

CESAR, Tiago da Silva. Estado, sociedade e o nascimento da prisão na América Latina. **Métis: história & Cultura**, v. 12, n. 23, fl. 32-48, jan./dez. 2013.

CHRISTIE, Nils Conflict as property. **The British Journal of Criminology**, Oslo, vol. 17, 1977.

CHRISTIE, Nils. **Los límites del dolor**. D.F (México): Breviarios del fondo de cultura económica, 1988.

CLARK, William A. V. Geography in Court: Expertise in Adversarial Settings. **Transactions of the Institute of British Geographers**, Londres, v. 16, n. 1, p. 5-20, 1991.

CLASTRES, Pierre. **A sociedade contra o Estado: pesquisas de antropologia política**. São Paulo: Cosac & Naify, 2003.

COELHO, Luiz Fernando. **Lógica Jurídica e Interpretação das Leis**. Rio de Janeiro: 2 ed., Editora Forense, 1981

CORRÊA, Plínio de Oliveira. Teoria da Justa Causa no Direito Penal e no Processo Penal. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**. Goiânia, v. 15, p. 201-215, 1998.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A Lide e o Conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá, 1989.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos Princípios Gerais do Processo Penal Brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**, Curitiba, a.30, nº 30, p. 163-198, 1998.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O papel do novo Juiz no Processo Penal**. Empório do Direito, 16/04/2015. Disponível em <http://emporiiododireito.com.br/leitura/o-papel-do-novo-juiz-no-processo-penal>.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Sistema inquisitório e o processo em "O Mercador de Veneza"**. Em: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). Direito e psicanálise: Interseções a partir de "O Mercador de Veneza" de William Shakespeare. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CUNNEEN, Chris. Community Conferencing and the Fiction of Indigenous Control. **Australian & New Zealand Journal of Criminology**. v. 30, i.3, p. 292-311, 1997.

CUNNEEN, Chris; HOYLE, Carolyn. **Debating Restorative Justice**. Oxford: Hart Publishing, Portland Oregon, EUA, 2010.

DIAS, Jorge Figueiredo. **Direito Penal: Parte Geral Tomo I**. 1ª ed. brasileira, 2ª ed. portuguesa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, Coimbra Editora, 2007.

DIETRICH, Wolfgang. **Elicitive Conflict Transformation and the Transrational shift in peace politics**. Londres: Palgrave Macmillan, 2013.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 13ª ed., São Paulo, Malheiros, 2008.

DISTRITO FEDERAL. **Apelação nº 20150110966096 0042666-07.2016.8.07.000**. Brasília: Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, Terceira Turma Criminal, Relator João Batista Teixeira, data do julgamento: 20/04/2017, data da publicação da decisão: 02/05/2017.

DISTRITO FEDERAL. **Apelação nº 20161010076874 DF 0007687-70.2016.8.07.0010**. Brasília: Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, 1ª Turma recursal, Relator Fabrício Fontoura Bezerra, data do julgamento: 07/12/2017, data da publicação da decisão: 09/02/2018.

DISTRITO FEDERAL. **Reclamação nº 0005429-20.2016.8.07.000**. Brasília: Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 1ª Turma Criminal, Relator George Lopes, data do julgamento: 18/08/2016, data da publicação: 31/08/2016.

DIVAN, Gabriel Antinolfi. Justa Causa para a Ação Penal e Conexão Instrumental ao Caso Concreto: Novas Possibilidades Teóricas e Uso Político-Criminal. **Revista Direito Penal, Processo Penal e Constituição**. Brasília: v. 3, n. 1, p. 38-57, jan/jun, 2017.

DUFF, R. Antony. **Punishment, Communication and Community**. Oxford: Oxford University Press, 2001.

DUFF, R. Antony. **Punishment, retribution and communication**. Em: VON HIRSCH, A.; ASHWORTH, A.; ROBERTS, J. (eds.). **Principled sentencing: readings on theory and policy**. Oxford: Hart Publishing, p. 126-134, 2009.

DUFF, R. A. Theorizing Criminal Law: a 25th anniversary essay. **Oxford Journal of Legal Studies**: vol. 25, n. 3, p. 353-367, 2005.

DUSSEL, Enrique. **1492: O Encobrimento do Outro** (A origem do “mito da Modernidade”). Petrópolis (RJ): Vozes, 1993.

EGLASH, Albert. Creative Restitution: a Broader Meaning for an Old Term. **Journal of Criminal Law and Criminology**, v. 48, n. 6, mar., p. 619-622, 1958.

ELLIOTT, Elizabeth May. **Security with Care**: restorative justice & healthy societies. Winnipeg, Canadá: Fernwood, 2011.

ESTADO DE GOIÁS. **Apelação Criminal nº 031193305120159090175**. Goiânia: 1ª Câmara Criminal, Relator: Atila Naves Amaral, data do julgamento 11/02/2020, data da publicação: 26/02/2020.

ESTADO DE SÃO PAULO. **Apelação nº 00012950520128260341 SP 0001295-05.2012.8.26.0341**. São Paulo: Tribunal de Justiça de São Paulo, 8ª Câmara de Direito Criminal, Relator Alcides Malossi Júnior, julgamento: 24/11/2016, data da publicação em 28/11/2016.

ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. **Apelação nº:00116862620158080014**. Vitória: Tribunal de Justiça do Espírito Santo, Primeira Câmara Criminal, Relator Pedro Valls Feu Rosa, data do julgamento 12/09/2018, data de publicação: 21/09/2018.

ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL. **Procedimento Investigatório Criminal nº 20000148120168120000 MS 2000014-81.2016.8.120000**. Campo Grande: Seção Especial – Criminal, julgamento 23/08/2018, publicação 24/08/2018.

ESTADO DO PARANÁ. **Apostila de Aprofundamento**: Curso de Formação Inicial de Facilitadores em Círculos Restaurativos. Curitiba: MPPR, Núcleo de Prática e Incentivo à Autocomposição, 2020.

ESTADO DO PARANÁ. **Apostila Introdutória**: Curso de Formação Inicial de Facilitadores em Círculos Restaurativos. Curitiba: MPPR, Núcleo de Prática e Incentivo à Autocomposição, 2019.

ESTADO DO PARANÁ. **HC nº 1430246 PR**. Curitiba: Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, 2ª Câmara Criminal, Relator: Jesus Sarrão, Data da Publicação: 21/08/2003, 06/10/2003.

ESTADO DO PARANÁ. **Primeiro Núcleo de Mediação Comunitária do estado é criado no 19º Batalhão da Polícia Militar em Toledo**. Curitiba: TJPR, 21 de março de 2019. Disponível em: https://www.tjpr.jus.br/noticias/-/asset_publisher/9jZB/content/primeiro-nucleo-de-mediacao-comunitaria-do-estado-e-criado-no-19-batalhao-da-policia-militar-em-toledo/18319.

ESTADO DO PARANÁ. **Relatório dos facilitadores atuantes no projeto família restaurativa**. Curitiba: Núcleo de Prática e Incentivo à Autocomposição do MPPR, 2019, p. 1-5. Disponível em: http://www.site.mppr.mp.br/arquivos/Image/Nupia/relatorio_facilitadores_compressed_1.pdf.

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. **Decisão monocrática em Correição Parcial nº 70076790682**. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Sexta Câmara Criminal, Relator Ícaro Carvalho de Bem Osório, data do julgamento: 17/04/2018, data da publicação: 19/04/2018.

FEELEY, Malcolm M. **The Process is the Punishment: Handling Cases in a Lower Criminal Court**. New York: Russell Sage Foundation, 1992.

FEINBERG, Joel. The expressive function of punishment. **Monist**, 19:3, p. 397-423, 1965.

FELLEGI, Borbála; SZEGŐ, Dóra. **Handbook for Facilitating Peacemaking Circles**. Budapest (Hungary): P-T Műhely, European Commission, DG Justice, Freedom and Security, 2013.

FENNEY, Alethia Z. **Navajo Peacemaking and Maori Restorative Justice: a comparison of process and procedure**. Denver: Regis University, tese apresentada para obtenção do grau master of criminology, 2012.

FERNANDES, Florestan. **Antecedentes indígenas**: organização social das tribos tupis. Coord. HOLANDA, Sérgio Buarque de. **História Geral da Civilização Brasileira**: do descobrimento a expansão territorial. Editora Betrand Brasil Ltda., Tomo I, A Época Colonial, v. 1, p. 83-99, 2007, p. 83-89.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: Teoria do Garantismo Penal. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERREIRA, Maria Clotilde Rossetti; AMORIM, Katia de Souza; SILVA, Ana Paula Soares da. **Rede de Significações**: alguns conceitos básicos. Em: FERREIRA, Maria Clotilde Rossetti; AMORIM, Katia de Souza; SILVA, Ana Paula Soares da; CARVALHO, Ana Maria Almeida. **Rede de Significações e o Estudo do Desenvolvimento Humano**. Porto Alegre: Artmed, p. 23-33, 2004.

FONSECA, Ricardo Marcelo. **Poder entre o Direito e a “Norma”**: Foucault e Deleuze na Teoria do Estado. Em: FONSECA, Ricardo Marcelo. **Repensando a Teoria do Estado**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004.

FOUCAULT, Michel. **A ordem do discurso**. 3ªed., São Paulo: Edições Loyola, 1996.

FOUCAULT, Michel. **Em defesa da Sociedade**: Curso no Collège de France (1975-1976). São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FOWLER, Fernando N. Bittencourt. Anotações da Ação Penal Pública no Projeto de Reforma. **Revista do Ministério Público do Estado do Paraná**. Curitiba, ano 6, n. 7, p. 81-101, 1977.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia da Autonomia**: saberes necessários à prática educativa. São Paulo: Paz e Terra, 1997.

FREITAG, B.; ROUANET, S. P. **Habermas**: sociologia. São Paulo: 3ª ed., Editora Ática, 1993.

FREITAS, Vladimir Passos de. **Reflexos e reflexões sobre o juiz das garantias na justiça**. Conjur, 29 de dezembro de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-dez-29/segunda-leitura-reflexos-reflexoes-juiz-garantias-justica>.

G1. **Datafolha aponta que 51% dos brasileiros têm medo da polícia e 47% confiam nos policiais**. 11/04/2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/04/11/datafolha-aponta-que-51percent-dos-brasileiros-tem-medo-da-policia-e-47percent-confiam-nos-policiais.ghhtml>.

G1. **Desigualdade de renda no Brasil atinge o maior patamar já registrado, diz FGV/IBRE**. Brasília: 21 de maio de 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2019/05/21/desigualdade-de-renda-no-brasil-atinge-o-maior-patamar-ja-registrado-diz-fgvibre.ghhtml>.

G1. **Menor preso a poste diz à polícia que foi agredido por 15 homens no Rio**. Rio de Janeiro: 05 de fev. de 2015. Disponível em: <http://g1.globo.com/rio-de->

janeiro/noticia/2014/02/menor-presos-poste-diz-policia-que-foi-agredido-por-15-homens-no-rio.html.

GADE, Christian B. N. “Restorative Justice”: History of the term’s international and Danish use. **Nordic Mediation Research**, p. 27-40, 2018.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: O guardião das promessas**. 2ª ed., Rio de Janeiro, Revan, 2001.

GARGARELLA, Roberto. **De la injusticia penal a la justicia social**. Bogotá: Siglo del Hombre, 2008.

GAZETA DO POVO. **Taxa de analfabetismo no Brasil**. Curitiba: publicação em 09 de março de 2019 e atualização em 24 de julho de 2019. Disponível em: <https://infograficos.gazetadopovo.com.br/educacao/taxa-de-analfabetismo-no-brasil/>.

GEBRAN NETO, João Pedro. **Inquérito Policial: Arquivamento e Princípio da Obrigatoriedade**. Curitiba: Juruá, 1996.

GIACOMOLLI, Nereu José. **Legalidade, Oportunidade e Consenso no Processo Penal: na perspectiva das garantias constitucionais**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2006.

GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Crítica da Pena e Justiça Restaurativa: A Censura para além da Punição**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

GIAMBERARDINO, André R. O confisco do conflito na historiografia penal. **Redes R. Eletr. Dir. Soc.**, Canoas, v. 6, n. 2, p. 23-39, set. 2018.

GIAMBERARDINO, André Ribeiro; SILVA, Mário Edson Passerino Fischer da. Justiça Restaurativa e Crimes Culposos de Trânsito. **R. Opinião Jurídica**, Fortaleza, ano 15, n. 20, p.13-31, jan./jun. 2017.

GIRARD, René. **A Violência do Sagrado**. São Paulo, Editora UNESP, 1990, p. 27 e ss.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Risco e Processo Penal: uma análise a partir dos direitos fundamentais do acusado**. Salvador: Editora JusPodivm, 2009.

GOMES, Jurema Carolina da Silveira; GRAF, Paloma Machado. **Circulando Relacionamentos**. Ponta Grossa: Prêmio Inovare, 2017. Disponível em: <https://www.premioinnovare.com.br/pratica/2368/print>.

GRAF, Paloma Machado. **Circulando relacionamentos: a justiça restaurativa como instrumento de empoderamento da mulher e responsabilização do homem no enfrentamento da violência doméstica e familiar**. Ponta Grossa: UEPG, dissertação apresentada para a obtenção do título de mestre em Ciências Sociais Aplicadas, 2019.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 20ª ed., Niterói: Impetus, 2018.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **As condições da ação penal:** uma tentativa de revisão. São Paulo: Bushatsky, 1977.

GROSS, Eric Kenneth. **An Evaluation/Assessment of Navajo Peacemaking.** Washington: U.S. Department of Justice, 2001.

GRUNER, Clóvis. **Paixões torpes, ambições sórdidas:** transgressão, Controle social, cultura e sensibilidade moderna em Curitiba, fins do século xix e início do xx. Curitiba: tese de doutoramento apresentada ao PPGD em História da UFPR, fls. 341, 2012.

GUEDES, Patrícia. **Colégio Borell adota práticas da justiça restaurativa contra violência na escola.** Ponta Grossa: Periódico UEPG, out. 2019. Disponível em: <https://periodico.sites.uepg.br/index.php/educacao/1659-colegio-borell-adota-praticas-da-justica-restaurativa-contraviolencia-na-escola>.

HABERMAS, Juergen. **A crise de legitimação no capitalismo tardio** Rio de Janeiro: 3ª ed., Editora Tempo Brasileiro, Tempo Universitário, 1999.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia:** entre facticidade e validade I. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1997.

HART, Herbert Lionel. **Prolegomenon to the Principles of Punishment.** Em: Punishment and responsibility: essays in the philosophy of law. 2. ed., Oxford: Oxford University Press, p. 1-27, 2008.

HESPANHA, António. **Lei e Justiça:** história e prospectiva de um paradigma. Em: HESPANHA, António. **Justiça e Litigiosidade:** história e prospectiva. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 5-50, 1993.

HOBBS, Thomas de Malmesbury. **Leviatã, ou matéria, forma e poder de um Estado Eclesiástico e Civil.** Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva, p. 46-48. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_thomas_hobbes_leviatan.pdf.

HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison A. **El diálogo de la Carta entre los tribunales y las Legislaturas** (o quizá la Carta de Derechos no sea algo tan malo después de todo). Em: GARGARELLA, Roberto. **Por una justicia dialógica.** Argentina: Siglo Veintiuno, 2014.

HOLSTON, James. **Insurgent Citizenship:** Disjunction of Democracy and Modernity in Brazil. Princeton: Princeton University Press 2008.

JANTZI, V. E. **Restorative Justice in New Zealand:** Current Practices, Future Possibilities. Harrisonburg (EUA): Eastern Mennonite University, August, 2001.

JARDIM, Afrânio Silva. **Ação Penal Pública:** Princípio da Obrigatoriedade. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

JARDIM, Afrânio Silva. **Direito Processual Penal.** 11ª ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 7ª ed., Coimbra: Almedina, 2008.

LAI, Jessica Christine. Maori Culture in the Modern World: its creation appropriation and trade. **i-call working paper**. Universitat Luzern, n. 2, setembro de 2010.

LAPLANTINE, François. **Aprender Antropologia**. 1ª ed., São Paulo, 15ª reimpressão, Editora Brasiliense, 2003.

LEAL, Jackson da Silva; FAGUNDES, Lucas Machado. Acesso à justiça: perspectivas críticas a partir da justiça andina. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, n.9, p. 37-76, jan./jun., 2011.

LEDERACH, John Paul. **Transformação de Conflitos**. 2ª ed., São Paulo: Palas Athena, 2018.

LIMA, Raymundo. Delação e Escola: o caso da Escola Base. **Revista Espaço Acadêmico**, nº 54, Novembro/2005, 2005. Disponível em:
<http://www.espacoacademico.com.br/054/54lima.htm>.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**: volume único (e-book). 4ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

LIMA, Roberto Kant de. **Ensaio de Antropologia e de Direito**: Acesso à Justiça e Processos Institucionais de Administração de Conflitos e Produção da Verdade Jurídica em uma Perspectiva Comparada. Rio de Janeiro: 2ª tiragem, Editora Lumen Juris, 2009.

LÔBO, Sandro Henrique Calheiros. Resolvendo seus próprios conflitos: a construção do sistema de justiça indígena Xukuru de Ororubá. **Revista de Estudos e Investigações Antropológicas do Programa de PósGraduação em Antropologia da Universidade Federal de Pernambuco**, Recife, v. especial II, p. 134-160, 2017.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**: Vol. I. 8ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

LOPES JR., Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal**: fundamentos da instrumentalidade constitucional. 4ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

LOPES JR., Aury **Justiça Negociada**: Utilitarismo Processual e Eficiência Antiguarantista. Em: CARVALHO, Saló de; WUNDERLICH, Alexandre. **Diálogos sobre a justiça Dialogal**: Teses e Antíteses sobre os Processos de Informalização e Privatização da Justiça Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, fls. 99-128, 2002.

LOPES JR, Aury; MORAES DA ROSA, Alexandre. **Saldão penal e a popularização da lógica da colaboração premiada pelo CNMP**. CONJUR, 22 de setembro de 2017. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2017-set-22/limite-penal-saldao-penal-popularizacao-logica-colaboracao-premiada-cnmp>.

LUZ, Ilana Martins. **Justiça Restaurativa e Mediação Vítima-Ofensor no sistema Criminal**. Em: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Justiça**

Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos. Salvador. Juspodivm, p. 623-647, 2017.

MACHADO, Ana Elise Bernal; SOUZA, Ana Paula dos Reis; SOUZA, Mariani Cristina de. Sistema Penitenciário Brasileiro: origens, atualidade e exemplos funcionais. **Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidade e Direito**, v. 10, n. 10, pg. 201-212, 2013.

MALAQUIAS, Roberto Antonio Darós. **A função social do processo no estado democrático de direito**. 3ª reimpressão. Curitiba: Juruá, 2012.

MALINOWSKI, Bronisław. **Crime and Custom in Savage Society**. Nowoczesna Polska, 1932.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**: vol.I. Campinas: Bookseller, 1997.

MARQUES, Leonardo Augusto Marinho; SANTIAGO NETO, José de Assis. A cultura Inquisitória mantida pela atribuição de escopos metajurídicos ao processo penal. **Revista Jurídica Cesumar**: v. 15, n. 2, p. 379-398, jul./dez. 2015.

MARTINS, José de Souza. **Linchamentos: A Justiça Popular no Brasil**. São Paulo, Editora Contexto, 2015.

MAXWELL, Gabrielle. **A Justiça Restaurativa na Nova Zelândia**. Em: SLAKMON, Catherine (Org); DE VITTO, Renato Campos Pinto(Org); PINTO, Renato Sócrates Gomes (ORG). **Justiça Restaurativa**. Brasília: PNUD, fls. 279-294, 2005.

MAYR, Eduardo. Atualidade e Vitimologia. Em: Kosovski, Ester; MAYR, Eduardo; PIEDADE JR., Heitor. **Vitimologia em debate**. Rio de Janeiro: Editora Forense, p. 11-23, 1990.

MCELREA, Fred W. M. **The New Zealand experience of restorative justice legislation**. Minneapolis (EUA): 5th Annual Conference of the Association for Conflict Resolution, 2005.

MCELREA, F. W. M. **The New Zealand Model of Family Group Conferences**. Kingston (Canada): paper apresentado no International Symposium “Beyond Prisons”, março de 1998.

MCCOLD, Paul. Toward a Mid-Range Theory of Restorative Criminal Justice: A Reply to the Maximalist Model. Paper apresentado em: **Third International Conference on Restorative Justice for Juveniles**. Leuven (Bélgica): Outubro 24-27, 1999.

MCCORMICK, Anna C. **Confronting the Past and Building a Future: peacemaking circles in a northern canadian community**. Burnaby: Simon Fraser University, tese de master em criminologia, 2001.

MORTON, Peter. **An Institutional Theory of Law: Keeping Law in its Place**. New York: Oxford University Press, 1998.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **A justa causa para a Ação Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

NABUDERE, Dani W. **Ubuntu Philosophy: memory and reconciliation**. International Documentation Network on the Great African Lakes Region, 1-20, 2005. Disponível em: <https://repositories.lib.utexas.edu/handle/2152/4521>.

NASCIMENTO, João Paulo Costa. **Abordagens do pós-moderno em música: a incredulidade nas metanarrativas e o saber musical contemporâneo**. São Paulo: Editora UNESP; São Paulo: Cultura Acadêmica, 2011.

NIELSEN, Marianne O. Navajo Nation Courts, Peacemaking and Restorative Justice Issues. **Journal of Legal Pluralism**, n. 44, p. 105-126, 1999.

NITAHARA, Akemi. **Taxa de desemprego no Brasil cai para 11,8%, revela IBGE**. EBC, Agência Brasil, Rio de Janeiro, 31.10.2019. Disponível em: agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2019-10/taxa-de-desemprego-no-brasil-cai-para-118-revelaibge.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**: volume 1. 37ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

NORTH OKANAGAN FRIENDSHIP CENTER SOCIETY. **Aboriginal Family Group Conferencing Program**. Vernon: 2020. Disponível em: <https://www.vernonfirstnationsfriendshipcentre.com/adult/family-group-circle/>. Acesso em 25 de jan. 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

NUNES DA SILVEIRA, Marco Aurélio. A cultura inquisitória vigente e a origem autoritária do Código de Processo Penal brasileiro. Em: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org) **Mentalidade Inquisitória e Processo Penal no Brasil**: vol 1. Florianópolis: Empório do Direito, p. 57-72, 2016.

NUNES DA SILVEIRA, Marco Aurélio. **As condições da ação no direito processual penal**: sobre a inadequação das condições da ação processual civil ao juízo de admissibilidade da acusação. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

OLIVEIRA, Fábio Aparecido Webel; BENTO, Elaine Volpe Alves. **Núcleo de Mediação Comunitária: CEJUSC da Polícia Militar**. ed. XIV, Araçatuba: Prêmio Innovare, 2017. Disponível em: <https://www.premioinnovare.com.br/pratica/3189/print>.

OLIVEIRA, Roberto Cardoso de; OLIVEIRA, Luís Roberto Cardoso de. **Ensaaios Antropológicos sobre Moral e Ética**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1996.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Resolução 2002/12**. Nova Iorque: 37º Sessão Plenária, 24 de julho de 2002.

PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. *Justiça Restaurativa: da teoria à prática*. São Paulo: IBCCRIM, 2009.

PAOLI, Giulio. La nozione di lite nel processo penale. **Rivista di Diritto Processuale Civile**, Padova, Cedam, 1930.

PARADELLA, Rodrigo. **Acesso à educação ainda é desigual**. Brasília: Agência IBGE Notícias, Publicado em 29.10.2018 e atualizado em 26.11.2018.

PAVARINI, Massimo. **Corso di Istituzioni di diritto penale**. Bologna: University Press, 2014.

PAVARINI, Massimo; GUAZZALOCA, Bruno. **Corso di diritto penitenziario**. Bologna: Edizioni Martina Bologna, 2004.

PINTO, Renato Sócrates Gomes. **Justiça Restaurativa é possível no Brasil?**. Em: SLAKMON, Catherine (Org); DE VITTO, Renato Campos Pinto (Org); PINTO, Renato Sócrates Gomes (ORG). *Justiça Restaurativa*. Brasília: PNUD, fls.19-39, 2005.

PRANIS, Kay. **Círculos de Justiça Restaurativa e de Construção de Paz: Guia do Facilitador**. Porto Alegre: Ajuris, 2011.

PRANIS, Kay; STUART, Barry; WEDGE, Mark. **Peacemaking Circles: from crime to community**. St. Paul: Living Justice Press, e-book, 2003.

PRANIS, Kay. **Processos Circulares de Construção de Paz**. 4ª ed. São Paulo: Palas Athena, 2019.

PRANIS, Kay; BOYES-WATSON, Carolyn. **No Coração da Esperança: guia de práticas circulares**. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, 2011.

PUGLIESE, William. **Precedentes e a Civil Law Brasileira: interpretação e aplicação do novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

RABI, Khammu. **Código de Hamurábi**. Cultura Brasileira, Publicações LCC Eletrônicas. Disponível em: <http://www.cpihts.com/PDF/C%C3%B3digo%20hamurabi.pdf>.

REGGIO, Federico. **Giustizia dialogica: luci e ombre della restorative justice**. Milão: Editora Franco Angeli, 2010.

ROCHE, Declan. **Accountability in Restorative Justice**. New York: Oxford University Press, 2003.

ROSENBLATT, Fernanda Fonseca. **Em busca das respostas perdidas: uma perspectiva crítica sobre a justiça restaurativa**. João Pessoa: artigo apresentado no XIII Congresso Nacional do CONPEDI, 2014.

ROSENBLATT, Fernanda. Um olhar crítico sobre o papel da comunidade nos processos restaurativos. **Sistema Penal & Violência - Revista Eletrônica da Faculdade de Direito da PUCRS**, Porto Alegre, Volume 6, Número 1, p. 43-61, janeiro-junho, 2014.

ROSENBERG, Marshall B. **Comunicação não-violenta**: técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais. São Paulo: Ágora, 2006.

ROXIN, Claus. ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal? Em: HEFENDEHL, Roland. **La Teoría del bien jurídico**: ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid Marcial Pons, p. 443-458, 2007.

ROXIN, Claus. **Sentido e Limites da Pena Estatal**. Em: Problemas fundamentais de direito penal. Trad. Ana Paula dos Santos Natscheradetz. Lisboa: Vega, p. 15-47, 1986.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **O Discurso e o Poder**: Ensaio sobre a Sociologia da Retórica Jurídica. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Può il diritto essere emancipatorio? Una riflessione teorica. **Democrazia e Diritto**, Franco Angeli, nº1, fls. 25-55, 2004.

SANTOS, Michelle Karen. **Justiça Restaurativa e Violência Doméstica**: experiências de juizados de violência doméstica e familiar contra a mulher. Porto Alegre: PUCRS, dissertação apresentada para a obtenção do título de mestre em Direito, 2020.

SBRICCOLI, Mario. **Storia del Diritto Penale e della giustizia**: Tomo I. Milano: Giuffrè Editore, 2009.

SCHMID, Donald J.;. **Restorative Justice in New Zealand**: a model for U.S. Criminal Justice. Wellington (Nova Zelândia): Ian Axford Fellow in Public Policy, 2001.

SHAPIRO, Martin. **Courts**: a comparative and political analysis. Chicago e Londres: The University of Chicago Press, 1981.

SHIRLEY, Robert Weaver. **Antropologia Jurídica**. São Paulo: Editora Saraiva, 1987.

SICA, Leonardo. **Bases para o modelo brasileiro de justiça restaurativa**. Em: Slakmon, Catherine; Machado, Máira Rocha; Bottini, Pierpaolo Cruz. (Org.). Novas direções na governança da Justiça e da Segurança. Brasília: Ministério da Justiça, v. 1, p. 455-490, 2006.

SICA, Leonardo. **Justiça Restaurativa e Mediação Penal**: O Novo Modelo De Justiça Criminal e de Gestão do Crime. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007,

SILVA, César Dario Mariano da. **Manual de Direito Penal**: Volume I. 9ª ed. Curitiba: Juruá, 2013.

SILVA, Josiele Leffa da. **Justa Causa no Processo Penal**. Porto Alegre: Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2012.

SILVA, Jullieth Kellyn. A audiência de custódia como instrumento de justiça restaurativa. **Lex Magister**, 2017. Disponível em:

https://lex.com.br/doutrina_27729390_A_AUDIENCIA_DE_CUSTODIA_COMO_INSTRUMENTO_DE_JUSTICA_RESTAURATIVA.aspx.

SILVA, Mário Edson Passerino Fischer da. **Breves Considerações sobre Questões Conceituais, Origens e a Institucionalização da Justiça Restaurativa no Brasil:** Entre uma redefinição de justiça, cidadania e a democratização das Instituições. Ponta Grossa: Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais Aplicadas da UEPG, Anais da Jornada de Estudos e Pesquisa Sobre Justiça Restaurativa, fl. 23-34, 2016.

SILVA, Mário Edson Passerino Fischer da. O custo institucional do litígio processual e o uso da mediação no contexto dos processos não-criminais em trâmite na justiça estadual comum. Uma leitura sob a ótica neo-institucionalista da análise econômica do direito e da escola de negociação de Harvard. **Revista Jurídica Luso Brasileira**. Lisboa: Ano 5, n. 2, 1559-1603, 2019.

SILVA, Mário Edson Passerino Fischer da. Reflexões sobre a (In)Viabilidade da Adoção de um Modelo Restaurativo de Justiça no Âmbito do Processo Penal Brasileiro: Uma Análise a Partir da Ótica da Instrumentalidade Constitucional do Processo. **Revista Jurídica Luso Brasileira da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**, Lisboa, n. 6, ano 2, fl. 1053-1090, 2016.

SILVA, Mário Edson Passerino Fischer da; BONAVIDES, Samia Saad Gallotti. As práticas restaurativas como uma alternativa à persecução penal: da ressignificação do caso penal a uma necessária concretização do princípio da *ultima ratio* **Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Paraná**, 11 ed., Curitiba, p. 74-101, 2019.

SILVEIRA, Felipe Lazzari da; SILVA, David Leal da. Tempo, discronia e processo penal: uma revisão democrática. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, Revista dos Tribunais Online, Thomson Reuters, vol. 132/2017, p. 139-167, jun/2017.

SILVEIRA FILHO, Sylvio da. **Introdução ao Direito Processual Penal**. 2ª ed., Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

SLAKMON, Catherine; OXHORN, Philip. **Micro-justiça, Desigualdade e Cidadania Democrática:** A Construção da Sociedade Civil através da Justiça Restaurativa no Brasil. Em: SLAKMON, Catherine; VITTO, Renato Campos Pinto de; PINTO, Renato Sócrates Gomes. **Justiça Restaurativa**. Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), Brasília, p. 187-210, 2005.

SPENGLER, Fabiana Marion, **Da jurisdição à Mediação:** por uma outra cultura no tratamento de conflitos. 2ª ed., Ijuí: Unijuí, 2019.

STEVENS, Mark Victim Impact Statements Considered in Sentencing. **Berkeley Journal of Criminal Law**. Volume 2, Issue 1, article 3, p. 1-13, 2000.

SUZUKI, Mashiro; HAYES, Hennessey. Current Debates over Restorative Justice: Concept, Definition and Practice. **Prison Service Journal** 2016. Brisbane Australia: n. 228, p. 4-8, 2016.

TARDÁGUILA, Cristina. **A reincidência atinge mais de 70% dos presos no Brasil?** São Paulo: Jornal Folha de São Paulo, Piauí, Agência Lupa, 12/07/2016. Disponível em: <http://piaui.folha.uol.com.br/lupa/2016/07/12/lupaaqui-a-reincidencia-atinge-mais-de-70-dos-presos-no-brasil/>.

THISEN, Graciela Fernandes. **O processo e a cerimônia degradante**. Porto Alegre: PUCRS, dissertação de mestrado, 2006.

TIEDEMANN, Klaus. **Panorama Geral**. Em: ROXIN, Claus; ARZT, GUNTHER; TIEDEMANN, Klaus. Introdução ao Direito Penal e ao Direito Processual Penal. Belo Horizonte: Del Rey, p. 145-165, 2007.

TITLE, Beverly B. **Teaching Peace: a restorative justice framework for strengthening relationships**. Queanbeyan: Homestead Press, 2011.

TIVERON, Raquel. **Justiça Restaurativa e Emergência da Cidadania na Dicção do Direito: A construção de um novo paradigma de justiça criminal**. Brasília: Thesaurus Jurídica, 2014.

TORNAGHI, Hélio. **Compêndio de Processo Penal Tomo I**. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1967.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal 3º Volume**. São Paulo: 9ª ed., Saraiva, 1986.

UMBREIT, Mark S.; VOSS, Betty; COATES, Robert B.; LIGHTFOOT, Elizabeth Lightfoot. Restorative Justice in the Twenty-First Century: A Social Movement Full of Opportunities and Pitfalls. **Marq. L. Rev.** Milwaukee:v. 89, n. 251, p. 253-304, 2005.

UMBREIT, Mark S.; LEWIS, Ted. **Victim Offender Mediation Training Manual: A composite collection of training resource materials**. Minneapolis: University of Minnesota, Center for Restorative Justice & Pacemaking, 2015.

VALESCO, Clara; GRANDIN, Felipe; REIS, Thiago. **Mortes por policiais no Brasil sobem 4% no 1º semestre; RJ e PA têm alta, mas 15 estados registram queda**. G1, 14/10/2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2019/10/14/maioria-dos-estados-registra-queda-no-no-de-pessoas-mortas-pela-policia-brasil-porem-tem-alta-no-dado-no-1o-semester.ghtml>.

VASCONCELLOS, Vinícius Gomes. **Barganha e Justiça Criminal Negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal**. 2 ed. Belo Horizonte: Editora D' Plácido, 2018.

VEJA. **Concentração de renda no país é recorde em 2018, aponta IBGE**. São Paulo: 16 de outubro de 2019. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/economia/concentracao-de-renda-no-pais-e-recorde-em-2018-aponta-ibge/>.

VEZZULLA, J. C. **Formando Formadores: ou como conseguir desenvolver as habilidades de um mediador para poder formar outros**. em: ALMEIDA, Tania; PELAJO,

Samantha; JONATHAN, Eva (Org.). **Mediação de Conflitos para iniciantes, praticantes e docentes**. Salvador: JusPodivm, v. 1, p. 895-918, 2016.

VEZZULLA, Juan Carlos. **Mediador Biodegradável**. Entrevista concedida ao canal Momento Arbitragem, 7 de jul. de 2016. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=CWyQLKPl0vU>.

VEZZULLA, J. C. . **Ser Mediador, Reflexões..** Em: Lilia Maria de Moraes Sales. (Org.). Estudos sobre Mediação e Arbitragem. 1ed. Rio de Janeiro: ABC Editora, v. 1, p. 113-121, 2003.

VON HIRSCH, Andrew; ASHWORTH, Andrew; SHEARING, Clifford. **Specifying Aims and Limits for Restorative Justice**: a “Making Amends Model? Em: VON HIRSCH, Andrew; ROBERTS, Julian V.; BOTTOMS, Anthony; ROACH, Kent SCHIFF, Mara. **Restorative Justice and Criminal Justice**: competing or reconcilable paradigms? Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, p. 21- 39, 2003.

WALGRAVE, Lode. **Imposing Restoration Instead of Inflicting Pain**: Reflections on the Judicial Reaction to Crime. Em: VON HIRSCH, Andrew; ROBERTS, Julian V.; BOTTOMS, Anthony; ROACH, Kent SCHIFF, Mara. **Restorative Justice and Criminal Justice**: competing or reconcilable paradigms? Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, p. 61- 78, 2003.

WALGRAVE, Lode. Investigating the Potentials of Restorative Justice Practice. **Washington University Journal of Laws & Policy**. Washington: v. 36 Restorative Justice, n. 91, p. 91-139, 2011,

WEBER, Max. **Metodologia das ciências sociais**: 2ª parte. 2ª ed. São Paulo: Cortez, 1995.

XIMENES, Rafson Saraiva; CERQUEIRA, André Lima. **Pacote anticrime, a lei de duas cabeças**. Salvador: Correio, 07 de janeiro de 2020. Disponível em: <https://www.correio24horas.com.br/noticia/nid/pacote-anticrime-a-lei-de-duas-cabecas/>.

YARED, Christiane. **Sancionada lei que endurece pena para motorista bêbado que dirige e mata**. 20 de dezembro de 2017. Disponível em: <https://christianeyared.com.br/sancionada-lei-que-endurece-pena-para-motorista-bebado-que-dirige-e-mata/>.

ZAFFARONI, Raúl Eugenio. **Em busca das penas perdidas**: a perda de legitimidade do sistema penal. 5ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Poder Judiciário**: Crise, Acertos e Desacertos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

ZEHR, Howard. Retributive Justice, Restorative Justice. Em: **New Perspectives on Crime and Justice**: occasional papers of the MCC Canada Victim Offender Ministries Program and MCC U.S. Office of Criminal Justice, n. 4, setembro de 1985.

ZEHR, Howard. **Trocando as Lentes**: Um novo foco sobre o crime e a justiça. São Paulo: Palas Athena, 2008.

ZEHR, Howard; GOHAR, Ali. **The Little Book of Restorative Justice**. Unigraphics, 2002.